

أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين

القواعد العامة : تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والمقصود بغير المسلمين ، وما يعتبر شريعة عندهم ، وشروط تطبيقها ، وآثار تخلف هذه الشروط .
الأحكام الموضوعية لدى المسيحيين واليهود : الخطبة ، الزواج وانقصاده ، آثاره ، انحلاله ، الطلاق ، التخليق ، الانفصال الجنائي ، القرابة ، أنواعها ، آثارها ، نفقة الأقارب .

الدكتور فوزي حميد فرج

أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

الطبعة الثانية

النشر
الناشر // دار الفكر بالاسكندرية

اهداءات ٢٠٠٢

حرم أ.د/ محسن خليل

الإسكندرية

الحسين بن علي بن الحسين
مع حاله بناني وودني
محمد

أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصيريين

القواعد العامة : تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والمقصود بغير المسلمين ،
وما يعتبر شريعة عديم ، وشروط تطبيقها ، وآثار تخلف هذه الشروط .
الأحكام الموضوعية لدى المسيحيين واليهود : الخطبة ، الزواج وانقضائه ،
آثاره ، انحلاله ، الطلاق ، التعليق ، الاتصال الجثائي ، القرابة ،
أنواعها ، آثارها ، نفقة الأقارب .

الدكتور فوزي عيسى

أستاذ القانون المدني المساعد

بكلية الحقوق — جامعة الإسكندرية

الطبعة الثانية

الناشر // مستشارف بالإسكندرية

١٩٦٤

۴. دانش‌پژوهان: ۲۲۱۹۸۸ و ۲۲۱۹۸۹

تقديم الطبعة الثانية

كان ظهور الطبعة الأولى من هذا الكتاب حافظاً لى على أن أسارع إلى إعادة طبعه ثانية ، ذلك أن الطبعة الأولى لم تكد تنهى حتى قفنت نسخها ، فلم تصل إلى أيدي الكثيرين ممن تههم مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فأردت بذلك أن أيسر على كل راغب فى الوقوف على تلك المسائل أن يجد مبتغاه . ومن ناحية أخرى فقد حرصت على إخراج هذه الطبعة الثانية لى تاح لى الفرصة لأتمم ما بدأت فى الطبعة الأولى . فأوردت ما لم أوردته من قبل من أحكام خاصة ببعض الطوائف المسيحية . وبذلك صار الكتاب شاملاً لجميع القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية ، والطوائف الكاثوليكية الشرقية جميعها ، طبقاً لأحكام الارادة الرسولية فى نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية الصادرة سنة ١٩٤٩ ، هذا فضلاً عن القواعد الخاصة بالانجيليين . وإلى جانب ذلك فقد أضفت أحكام الأحوال الشخصية لليهود من ربانيين وقرائن ، مفصلة على غرار القواعد الخاصة بالشريعة المسيحية بصفة عامة ، وفى كل موضوع من الموضوعات التى تدخل فى نطاق الدراسة .

ولقد كانت الطبعة الثانية مناسبة لمتابعة ما استجد من تطورات فقهية وقضائية فى هذا الموضوع ، فقد ظهرت فى الفترة السابقة على إخراج

هذه الطبعة وبعد الانتهاء من إخراج الجزء الأكبر من الطبعة الأولى ، مؤلفات فقهية ، ونشرت أحكام قضائية ، وخاصة من محكمات العليا ، كان من الضروري التعرض لما جاء فيها ودرسته . كما حرصنا كذلك على توضيح وتفصيل كثير من المسائل التي ثبتت أهميتها الفقهية والعملية خلال السنوات السابقة ، ومنذ إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة .

وقد اضطررنا التوسع في كثير من المسائل ، وإيراد الكثير من أحكام المحاكم إلى نزل الكثير من الموضوعات ، وخاصة أحكام المحاكم ، إلى الهامش ، كما رأينا ألا يزدحم الكتاب بأحكام الطوائف المختلفة ، فحرصنا بقدر المستطاع على إيراد الكثير منها ، بهامش الكتاب كذلك .

وبعد ، فاني آمل أن أكون بهذا العمل قد وصلت إلى بعض ما يبغيه من تهمهم مسائل الأحوال الشخصية ، سواء من المشتغلين بالقانون أم من غيرهم ، وأرجو أن أكون قد وفقت في هذا العمل ، والله ولي التوفيق .

المؤلف

تقديم الطبعة الأولى

عندها عهد إلينا بتدريس مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، على أثر إدخالها ضمن برامج الدراسة في كليات الحقوق ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية ، حاولنا وضع نواة هذا الكتاب في مجموعة دروس ألقيت على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عام ١٩٥٧ . ولم يكن من اليسر آنذاك على رجال القانون الوقوف على أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، بصفة خاصة ، على خلاف الشريعة الإسلامية التي لاقت عناية بتفصيل أحكامها وتيسير سبل معرفتها .

ولهذا حينما بدأنا في تدريس هذه المادة صادقتنا عقبات جمة ، وخاصة أننا أردنا أن نقل بمستوى دراستها عن دراسة غيرها من المواد المقررة في كليات الحقوق ، فأدّى بنا هذا إلى أن تلقى أئمتنا ، بأيدنا ، في ميدان وعمر ، سواء من حيث وضع خطة لدراسة المادة نفسها ، أم من حيث تعدد الأحكام والقواعد المنطوقة بالطوائف المختلفة ، وصعوبة العثور عليها ، فضلا عن انعدام المؤلفات والمراجع ، أو هزلة ما ظهر منها آنذاك ، وضمن من كان يديم الأمر ، حتى بأن يجودوا أو يرشدوا عن بعض النصوص القديمة .

ومع كل هذا ، فقد أخذنا على طاعتنا أن نصل إلى النجاسة ، ولم ننتأ أن نتزل عن المستوى الذي وضعناه نصب أعيننا منذ البداية ، مما أدى إلى تأخر ظهور هذا الكتاب حيناً من الزمن . ومع ذلك فقد كان في هذا التأخير خيراً كثيراً . إذ أتبع لنا أن نضع فيه أسس دراسة هذه المادة كاملة ، كما أتبع لنا كذلك أن نصل إلى كثير من أحكام المحاكم التي لم تنشر أو التي جمعا البعض . ولم يحل هذا من فائدة ، إذ استطعنا أن نقف من خلال تلك الأحكام على الاتجاهات العملية ، وعلى الدور الكبير الذي قام به القضاء في هذا الصدد . كما استطعنا كذلك أن نقف على ما عرّض على المحاكم من أمور أكثر من غيرها ، مما حدا بنا إلى إصطائها من النجاسة ما نستحق ، نظراً لأهميتها من الناحية العملية .

ولقد حرصنا في هذا المؤلف ، بقدر المستطاع ، على النجاسة بدراسة أحكام التشريعات المقارنة ، التي لها صلة بدراسة القواعد الخاصة ببعض الطوائف ، فأشرنا إليها في مناسبات شتى سواء من أحكام القانون الفرنسي ، أم من أحكام القانون اليوناني . كما لم نتجاهل الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية أيضاً ، لتوضيح ما هناك من تفاوت أو تقارب بينها وبين الصرائع المالية الأخرى .

وإذا كانت خطتنا قد وضعت على أساس دراسة الأحكام الخاصة بالمسيحيين ، واليهود بعد دراسة القواعد العامة في الباب الأول من هذا الكتاب ، إلا أننا رأينا أن نكتفي الآن بالدراسة الخاصة بالطوائف المسيحية مؤملين أن نمود إلى دراسة الأحكام الخاصة باليهود فيما بعد . وقد حدا بنا إلى تأجيل هذه الدراسة الأخيرة أمران أساسيان . الأمر الأول - سهولة الرجوع إلى القواعد الخاصة باليهود ، سواء بالنسبة لرابانيين أم الفرائين ، كما أشرنا إلى ذلك في الباب التمهيدي عند كلامنا عما يعتبر شرعة لدى غير المسلمين . والأمر الثاني - قلة ما عرّض من منازعات خاصة باليهود ، من الناحية العملية ، على المحاكم .

وفي دراستنا لأحكام الزواج وما يتصل به ، ورابطة القرابة في الشريعة المسيحية ، وجننا العناية الأساسية لدراسة الأحكام الخاصة بالانقباط الارثوذكس ، ودراسة أحكام الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية صفة عامة . ولا يعني هذا أننا تجاهلنا الطوائف الارثوذكسية الأخرى أو المذهب البروتستانتي . إذ لم تخل مناسبة من الإشارة إلى ما جاءت به القواعد الخاصة بها جميعاً .

وبعد فإني إذ أخرج هذا العمل المتواضع إلى المشتغلين بالقانون عامة ، ومن يهتم بالأمر في دراسة مسائل الأحوال الشخصية خاصة ، أمل أن يحوز الرضا . ولا أدعي أنني قد بلغت به درجة الكمال ، فالتقص من صفات البشر .

المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

١ - توحيد جهات القضاء في مصر وأهميته : أدت ظروفنا السياسية والدينية فيما مضى إلى تعدد جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية ، فقد كانت هناك جهات قضاء خاصة بالأجانب وأخرى خاصة بالمصريين ، وقد تعددت هذه الجهات الأخيرة فوجدت المحاكم الشرعية للفصل في منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ، والمجالس المالية للفصل في المنازعات الخاصة بالمسيحيين . وقد تعددت المجالس المالية بالنسبة للطوائف المسيحية . كما وجد إلى جانب ذلك المحاكم الشرعية للفصل في المنازعات الخاصة باليهود .

وقد استمر ذلك الوضع الشاذ في مصر رغم ما ترتب عليه من مساوئ. أدت في كثير من الأحيان إلى الفوضى والإضرار بالمقاضين ، ورغم منافاته لقواعد القانون العام التي تقضى أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها ، كما تقضى بأن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ، ولجهة قضائية واحدة ، بصرف النظر عن نوع المسائل التي تناوئها خصوصياتهم أو القوانين التي تطبق عليهم ^(١) . على أن شذوذ ذلك الوضع وما ترتب عليه من مساوئ كان ماثرا للتدشديد ، فنأدى الفقهاء دائماً بإلفائه ^(٢) إلى أن تحقق لهم ما أرادوا ، وتم الخلاص منه بالتدريج .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٢) والواقع أن القضاء ذاته قد ندد بتعدد جهات القضاء ، وطالب بالتخلص منه . وفيما قرره محكمة النقض عندنا في أحد أحكامها ما يكشف عن ذلك إذ قالت : « ٥٠٠ وإن مر »

ففي خطوة أولى استردت الدولة سلطانها الكامل في القضاء بالنسبة للأجانب ، وأصبحت المحاكم المصرية صاحبة الاختصاص في الفصل في جميع منازعاتهم ، سواء ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو غيرها ، مع مراعاة مبادئ القانون الدولي الخاص في هذا الشأن والتي قضى بأن يخضع الأجانب لقوانينهم الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية^(١) . ذلك أن المادة ١٢ من قانون نظام القضاء (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) قد نصت على أنه : « تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات وفي المواد المدنية والتجارية ، وفي جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها أنه : « كذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل في المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية » . وبذلك صارت المحاكم المصرية مختصة بنظر المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب ، أو بحسب عبارة المادة نفسها لغير المصريين . أما بالنسبة للمصريين ، فقد ظل الوضع الخاص بهم قائماً إلى أن امتدت إليه يد الإصلاح ، وصدر القانون رقم ٤٦١ والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بقصد توحيد جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية .

يتبع أدوار هذه الدوى ؛ ويرى أنها طافت بمجلس الطائفة القبطية الابتدائي والاستثنائي ، ثم بالمحكمة الأهلية الابتدائية وبالإستئناف ، ثم بمحكمة التفتيش ، ثم أنها ستطوف بالمحكمة الشرعية لتعود بدو للمحكمة الأهلية - من يتبع هذه الأدوار ، ويمكن مشفقاً على مصالح الأهاليين ، لا يابى أن يتوجه للدوى الأمر في البلاد بينهم أن قد آن الأوان من زمن طويل لتزجيد جهات التقاضي ، بحيث ينظر القضاء بينهم في الأحوال الشخصية لكافة المصريين من مسلمين وغير مسلمين ، كما ينظر في الأحوال العينية . وإن كل تراخ في تحقيق هذه الأمانة صار أعظم الضرر بالتقاضين بل وبمصالح البلاد « (نقض في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٤) »

(١) أنظر المواد ١١ وما يليها من القانون المدني المصري .

(٢) الوقائيم المصرية المدد : ٧٢ مكرر (ب) في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٦٥

وقد نص القانون رقم ٤٦١ في مادته الأولى على أن يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ، السالفة الذكر ، النص الاتي : « تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . ومن هذا النص يتضح لنا أن المشرع لم يعد يصر اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية على الأجانب فقط ، بل أصبحت تختص كذلك بكل ما يتعلق بهذه المسائل أيضاً بالنسبة للمصريين .

أما القانون رقم ٤٦٢ فقد قضى بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية بصفة عامة ، وإحالة الدعاوى التي كانت منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية . فنص في مادته الأولى على أن « تلتحق المحاكم الشرعية والمحاكم المالية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لتأية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، وبدون رسوم جديدة » . ووضع القانون بعد ذلك تنظيمًا لإحالة الدعاوى التي كانت منظورة أمام المحاكم الشرعية والمالية وقت صدوره ، قرر في المادة الثانية منه أن « تحال الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحكمة العليا الشرعية أو أمام الدائرة الاستئنافية بالمجالس المالية إلى محكمة الاستئناف الوطنية التي تقع في دائرتها المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المستأنف »^(١) . كما قرر أيضاً أن « تحال الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحاكم الكلية إلى المحكمة الابتدائية الوطنية المختصة ،

(١) انظر في هذا الصدد حكم النقض في ٢٨ نوفمبر ١٩٥٧ قضية رقم ٢٢ س ٢٦ ق مجبوعة المـركبـت النـقـي س ٨ عدد ٣ رقم ٩٦ س ٨٥٨ ، وانظر الأحكام الأخرى المشار إليها بهامش س ٨٥٨ .

وتحال الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الجزئية الشرعية أو المالية إلى المحاكم الجزئية أو الابتدائية الوطنية المختصة . هذا بالنسبة للدعاوى التي كانت منظورة أمام المحاكم الشرعية أو المالية .

أما بالنسبة للدعاوى الجديدة فقد نص القانون على وجوب إقامتها رأساً أمام المحاكم الوطنية ، إذ تقرر المادة ٣ من القانون أن « ترفع الدعاوى التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو التي كانت من اختصاص المجالس المالية إلى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ » .

ومن هذا نرى أنه بصدر القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد تحقق للمحاكم العادية سلطان كامل بالنسبة للنزاعات بين جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، بعد أن تحقق لها هذا السلطان من قبل بالنسبة للأجانب على اثر انتهاء فترة الانتقال وإنهاء المحاكم المختلطة والقضائية ، إذ أصبح لها ولاية الفصل في منازعات الأجانب على اختلاف أنواعها بما في ذلك مسائل الأحوال الشخصية^(١).

(١) وقد أنهى القانون ٤٦٢ ولاية المحاكم الشرعية والمالية جميعاً ، وأصبح الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بجميع الفئات في مصر للمحاكم المدنية ، ولذلك فلم يعد للمحكمة السككية الرسولية أية ولاية قضائية في نظر دعوى بطلان الزواج المتقود بين مسيحيين . وإذا كان هناك دعوى أخرى مرفوعة أمام المحاكم المدنية بتطبيق الزوجين ، فإنه لم يعد محل لقول بوجود دعويين أمام جهتين قضائيتين مما نصت عليه المادة ١٩ من قانون نظام القضاء (نقض في ٢٥ فبراير ١٩٥٦ المحاماة ص ٢٧ رقم ٨٨ ص ١٦٦) فالإلتناء يشمل جهات القضاء التي كانت تفصل في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين هموماً ، ولا يقدح في هذا النظر القول بأن المحاكم السككية لا تدخل في عداد المجالس المالية المغلقة .
(محكمة الميزة للإجداية للأحوال الشخصية ، هيئة استئنافية ، في القضية رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٦ ، حكم في ١٢ فبراير ١٩٥٧ - غير منشور) . وانظر كذلك القاهرة الابتدائية في ١٦/٦/١٩٥٨ رقم ١٦٠٣ ص ٥٧ صالح حنفى : المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين جزء ٣ رقم ٤١ ص ٤٠٤ .

وقد حقق توحيد جهات القضاء في مصر ابتداء من أول عام ١٩٥٦ أملاً طاملاً رغب الجميع في تحقيقه ، فطالما تمنى رجال القانون توحيد جهات القضاء وبسط ولاية المحاكم على كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين ، بعد أن ظل القضاء فيها موزعاً بين شتى الجهات حتى ذلك الحين ، رغم ما كان يشهده هذا النظام من مساوئ ، ورغم ما ترتب على تعدد جهات القضاء من تنازع في الاختصاص ، وتضارب في الأحكام . وقد أبانت المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ السالف الذكر عن مساوئ الوضع السابق على صدوره ، فذكرت أنه على الرغم من أن مصر قد استردت سلطانها القضائي بالنسبة للأجانب ، فأصبحت المحاكم الوطنية هي التي تقضى في جميع منازعاتهم حتى ما تعلق منها بالأحوال الشخصية ، إلا أن جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم بقيت متعددة ، وكل جهة تطبق قوانينها ، وتنبع إجراءاتها الخاصة بغير أن يكون هناك صلة تربطها أوهيئة عليا تشرف على قضائها . وتستطرد المذكرة الإيضاحية بعد ذلك فتبين أن تعدد الجهات القضائية أدى إلى الفوضى والاضرار للمتقاضين ، حيث استتبع ذلك التعدد رغبة كل جهة في توسيع دائرة اختصاصها والاعتداء على سلطة غيرها ، خصوصاً مع عدم وجود حدود دقيقة أو ثابتة لاختصاص كل منها ... وقد أدى ذلك إلى « تنازع المحاكم فيما بينها ، وتعدد الأحكام التي تصدر في النزاع الواحد ، وبقى المتقاضون يستعدون محكمة على أخرى ، وظل مصير الحقوقي رهيناً بهوى الظروف ، يتحكم فيه لدى الخصومة ، وهكذا تكسدت الأحكام المتناقضة بالمثلث تلمس مخرجاً إلى تنفيذ ولا مخرج »^(١)

ثم أبانت المذكرة الإيضاحية بعد ذلك شذوذ الإبقاء على النظام السابق

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وعدم اتفاه مع السيادة القومية قالت : « وانه من الشذوذ بمكان أن يظل الوطنيون من المنتمين إلى الطوائف الملية غير الاسلامية محتفظين باستثناءات قضائية كانت في كثير من الحالات عنواناً على الفوضى .. وليس يتفق مع السيادة القومية في شيء أن تصدر أحكام في الصق المسائل بذات الانسان من جهات قضائية غير مسئولة ولا مختارة من جانب الحكومة ، أو أن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف التي يرفع الطعن في أحكامها إلى محكمة روما . وليس أقل من كل أولئك مساساً بالسيادة أن يلى القضاء في بعض المجالس الطائفية أجنب لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم » .

كما نوهت المذكرة الايضاحية بقصور الوضع السابق عن الاستجابة لمطالب المتقاضين وحمايتهم ، وبخاصة إزاء اندام وسائل التيسير وضمانات التقاضي ، وقد وجد للطوائف غير الاسلامية مجائس مالية متعددة ، بعضها لا ينفقد إلا في فترات متباعدة ، أو في أمكنة بعيدة عن محل إقامة المتقاضين ، وفي ذلك من العنت والارهاق ما يجعل التقاضي عسيراً على بعض الناس . يضاف إلى ذلك صعوبة وقوف المتقاضين على القواعد الموضوعية التي كانت تطبقها تلك المجالس ، فكثير من تلك القواعد لم يكن مدوناً ، وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين وهي مبشرة في مظاهرها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ، مبشرة في كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، فقد كانت قواعد تشكيل المحاكم الطائفية واجراءات الترافع ونظر الدعاوى وتحجير الأحكام وطرق الطعن فيها لا تنظمها وحدة ، ولا يتوفر لها الاستقرار ، إلى غير

ذلك مما يدعو إلى تزعزع الثقة بأحكام القضاء وإرهاق المتقاضين^(١).

إزاء تلك الأوضاع الشاذة ، من تعارض الأحكام وافتتات على سيادة البلاد وإضرار المتقاضين أنفسهم كان لا بد من أن تمتد يد المشرع بالإصلاح . وهذا ما تم بالقانون السالف الذكر ، « إذ رأت الحكومة لزماً عليها إزاء ما هو مشهود من عيوب نظام القضاء في مسائل الأحوال الشخصية أن تعالج الأمر علاجاً يحسم أسباب الشكوى ويسيطر ظل الإصلاح بتوحيد نظام القضاء والمحافظة على الحقوق وصيانتها وتوزيع العدالة توزيعاً يظفر بثقة المتقاضين ويضع حداً للحالة المتقدمة ، وهي تمس الإنسان في أدق المشاعر ، والعائلات في أدق العلاقات ، وتؤثر في أخلاق الأفراد والاداة الاجتماعية »^(٢).

والواقع انه إذا كانت هناك أحداث هامة في تاريخ التطور القضائي في مصر فإن توحيد جهات قضاء الأحوال الشخصية يعتبر بلاشك من أهمها ، فقد قضى به على كثير من المساوىء التي كانت نتيجة طبيعية لتعدد تلك الجهات واختلاف القواعد التي كانت تطبقها . ولاشك أنه إذا كان لهذا التوحيد فوائد في القضاء على ما ترتب عليه من مساوىء ، فانه قد تحقّق به خير كثير ، وخاصة بالنسبة لغير المسلمين أنفسهم أبناء الطوائف الملية المتعددة التي وجدت في مصر ، فقد كانوا في ظل الوضع السابق - كما قدمنا - لا يجدون الحد الأدنى من عوامل التيسير وضمانات التقاضي ؛ فالى جانب غوض القواعد التي كانت تطبقها المجالس الملية كانت اجراءات التقاضي غير ثابتة ، ولا تتوافر في القضاة الشروط الأساسية لتولى القضاء ولا الضمانات اللازمة لاستقلاله ورفضه عن التحيز بإبعاده عن المؤثرات التي تحيط

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون سالف الذكر .

(٢) المذكرة الإيضاحية .

به من كل جانب^(١). يضاف إلى ذلك انعدام الرقابة على أعمال تلك الجهات القضائية فلم يكن هناك تفتيش أو محاكم عليا تراجع أحكامها ، وتضمن للنظام عدلا وانصافا ، كما هو الحال بالنسبة لمحاكم الدولة المنظمة ، ورغم ما لهذه الأخيرة من قوانين ثابتة واجراءات معينة وقضاة تتوافر فيهم الضمانات اللازمة^(٢).

(١) احد صفوت : قضاء الأحوال الشخصية للطوائف المالية ، الطبعة الثانية ١٩٤٨ ،

ص ١١٣

(٢) المرجع السابق ص ١١٤ : وانظر أهم النيوب الاساسية في نظام تعدد جهات القضاء المالي ، ص ١١٤ - ١١٧ من نفس المرجع ، وما أشار اليه المؤلف كذلك من أقوال بعض رجال القانون في مذكراتهم إلى لجنة الامتيازات سنة ١٩١٨ في ص ١١٣ - ١١٤ وما قاله المسيو يولاكرافى في هذا الصدد من أن ترك المدالة على هذا الحال إلى الطوائف الصغرى تديره وتستقل به « هو نقطة سوداء في النظام القضائى » .

هذا ، وقد بذلت جهود لتنظيم جهات قضاء الأحوال الشخصية لغير المسلمين ولسكنها كانت محاولات لم يكتب لها الخروج الى حيز التنفيذ. ففي سنة ١٩٣٦ صدر مرسوم بقانون رقم ٤٠ بترتيب محاكم الأحوال الشخصية نشر في الجريدة الرسمية في ٦ مايو سنة ١٩٣٦ وحدد لتنفيذه أول مارس ١٩٣٧ ، واسكنه التي لسعته قبل هذا التاريخ . وكانت أحكام هذا المرسوم تقضى بأن تظل محاكم الطوائف المالية لغير المسلمين المعترف بها قائمة في الحدود التي رسمت لها ، وتختص بالنظر في دعاوى المصريين غير المسلمين المتننين إلى طائفة واحدة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية . وقرر المرسوم أن تختص المحاكم الأهلية بمسائل الأحوال الشخصية إذا امتنعت للمحاكم المالية عن الحكم بعد أن تثبت محكمة النقض ذلك ، وقضى بأنه يهد امتناع عن الحكم النسوف الطويل بلا موع . وقد كان المرسوم يجسمل من محكمة النقض هيئة تقضى في تنازع الاختصاص بين محاكم الأحوال الشخصية في مصر ، فتحدد أى للمحاكم للتنزاع أولى بالاختصاص ، وأى الأحكام العائدة أولى بالتنفيذ ويجوز لها بصمة استثنائية ان تامر باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقية . كما قضى المرسوم أيضا بأن تثير الدين أثناء سير الدعوى لإيثار في اختصاص المحكمة التي رفع اليها النزاع ولاقي الشريعة الواجبة التطبيق .

وفي سنة ١٩٢٩ تكررت المحاولة مع مراعاة التدرج في تنظيم المحاكم المالية لغير المسلمين عادت وزارة العدل مشروعا اقتصر فيه على أمرين .

الأول : تنظيم محاكم الطوائف المالية من طريق وضع مبادئ مشتركة تطبق عليها جميعا

٢ — بقاء القواعد الرضوعية كما كانت رغم ضرورة توحيدها وتنظيمها :

على أن مساوىء النظام السابق لم تقتصر على تعدد جهات القضاء وما ترتب عليه كما بينا ، وإنما استتبع ذلك التمدد تعدد القواعد الداخلية التي كانت تطبقها كل جهة من تلك الجهات . وإذا كان الدين سببا في أن يكون لكل جماعة دينية قواعد خاصة تحكم مسائل الأحوال الشخصية ، فإن الامر لم يقتصر على ذلك ، لأن أبناء الدين الواحد تفرقوا إلى مذاهب وطوائف ، فصار لكل طائفة منها أحكام خاصة بها تطبق على من ينتمون إليها في مسائل أحوالهم الشخصية ؛ وبذلك تعددت القواعد المطبقة في هذا الصدد وكانت النتيجة في نهاية الأمر أن وجدت قواعد خاصة بالمسلمين وأخرى خاصة بالمسيحيين على اختلاف ملهم وطوائفهم ، وكذلك الحال بالنسبة لليهود .

وإذا كان توحيد القضاء في مسائل الأحوال الشخصية بالناء المحاكم الشرعية

— ضمائم الحسن قياما بتوزيع العدل ، كأن تدون باللغة العربية ، وتنشر الأحكام التي يجب على تلك المحاكم تطبيقها ، وأن تحرر أحكامها باللغة العربية ، وألا يجوز لنير المصريين ولاية القضاء فيها ، وألا يجوز الطعن في أحكامها أمام محكمة أو هيئة غير مصرية .

الثاني : إنشاء مجلس للفصل فيما يقع بين محاكم الأحوال الشخصية فيما من تنازع بشأن الاختصاص ، أو تضارب الأحكام بحيث تعرض عليه المنازعات المترتبة على عرض النزاع نفسه أمام محكمتين ملتين أو أمام محكمة ملية ومحكمة شرعية ، أو على فضله محكمتين أو أكثر لعدم الاختصاص ، أو المنازعات المترتبة على صدور أحكام متعارضة منها . وقد روعي في تأليف مجلس تنازع الاختصاص أن يكون جميع أعضائه من رجال المحاكم المتنازعة يضم إليهم مستشار بمحكمة النقض ويرأس المجلس رئيس محكمة النقض .

وقد قدم هذا المشروع عملا لبرلمان باسم الحكومة بمرسوم صدر في ٦ مايو سنة ١٩٣٩ وأحيل إلى مجلس الشيوخ وبدأ في بحثه ، إلا أن الحكومة استردته بمرسوم آخر في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ (الدكتور عبد النعم رياض : أصول القانون الدولي الخاص ، الطبعة ٢ سنة ١٩٤٣ هامش ٢ ص ١٦٨ — ١٦٩) .

والمجالس المالية قد خطا بنا خطوة طيبة نحو الامام في سبيل الارتقاء بنظامنا القضائي، فان هذا التوحيد لم يقض على المشكلة من دابرها، فقد كان من اللازم أيضاً توحيد القواعد الموضوعية التي تطبقها الطوائف المختلفة بقدر المستطاع ، حتى تتحقق بذلك المساواة بين الجميع وحتى تزول الصعوبات التي يلاقها المتقاضون في سبيل التعرف على ما لهم وما عليهم ، وخاصة بالنسبة ، لغير المسلمين من المصريين . فقد حرص المشرع في القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك اختلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين في تطبيق شريعة كل منهم . ومعنى ذلك أنه إذ كان الاختصاص في مسائل الاحوال الشخصية قد تركز الآن في أيدي المحاكم العادية ، إلا أنه بالنسبة للقواعد الموضوعية ينبغي أن يطبق على كل جماعة قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بها .

فبالنسبة للنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين نصت الفقرة الاولى من المادة ٦ من القانون ٤٦٢ على أن « تصدر الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » . ومعنى ذلك أن تصدر الاحكام طبقاً للمدون في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وطبقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ماعداً الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد ، كما تنص المادة ٢٨٠ من اللائحة ، والتي أشار إليها نص المادة ٦ السالف الذكر . وعلى ذلك فقواعد الشريعة الاسلامية ستظل مطبقة أمام المحاكم العادية حتى بعد إلغاء المحاكم الشرعية . وما لاجدال فيه أن أحكام الشريعة الاسلامية التي يتعين على المحاكم تطبيقها قد أصبحت ميسرة في الوقت الحاضر ، بفضل ما قام به فقهاء تلك الشريعة وأساتذتها من بحوث ،

وبفضل تنظيم كثير من القواعد التي كانت تطبقها المحاكم الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، وهذا ما لم يتيسر بالنسبة للطوائف المالية الأخرى . وقد أصدر المشرع لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها وذلك بالمرسوم رقم ٧٨ في ١٢ مايو سنة ١٩٣١ ، كما أنه تناول بعض الأحكام الموضوعية في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فعالج المسائل المتعلقة بالنفقة والعدة والطلاق والفرقة بين الزوجين للاعسار وعدم الاتفاق ولغيبية الزوج وللإضرار بالزوجة بما لا يستطاع معه دوام العشرة . هذا بالنسبة للمسلمين .

« أما بالنسبة للنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فصدر الأحكام ، في نطاق النظام العام ، طبقا لشريعتهم » (الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون ٤٦٢) . فهذا النص - كما هو الشأن بالنسبة للفقرة الأولى من نفس المادة - يبين القانون المختص في مسائل الأحوال الشخصية ، ولكنه لا يتعرض لبيان الأحكام الموضوعية ، بل أحال في شأنها إلى شرائع غير المسلمين طبقا للشروط التي حددها . فإذا كان القانون الذي يرجع إليه في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب هو قانون الجنسية ، كما تقضى بذلك قواعد القانون الدولي الخاص ، فإن القانون الذي يحكم هذه المسائل بالنسبة للمصريين هو قانونهم الديني . إلا أن الوضع بالنسبة لشرائع غير المسلمين يختلف تماما عنه بالنسبة للقواعد التي ينبغي تطبيقها لدى المسلمين ، أي قواعد الشريعة الإسلامية . ذلك أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية قد لقيت عناية الفقهاء والباحثين ، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لشرائع غير المسلمين ، وعلى وجه الخصوص في مسائل الأحوال الشخصية . ومن ناحية أخرى لم يعن المشرع بتنظيم أحكامها

كما فعل بالنسبة للشريعة الإسلامية . كما أن دراسة الأحكام الخاصة بشرائع غير المسلمين وبصفة خاصة من المصريين ^(١) ، لم تقرر ضمن برامج الدراسة في كليات الحقوق إلا على أثر توحيد جهات اقتضاء بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ^(٢) .

ولذلك لم يكن غريباً أن تدون كثير من الأحكام الخاصة بشرائع غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل أحوالهم الشخصية ، فكان أكثر المجالس المليية يطبق فيما يطرح أمامه من منازعات قواعد غير مدونة ، ولم يكن تيسر لجامعة المتقاضين الاهتمام إليها ، بل كانت — كما تقول المذكورة — لايضاحية للقانون ٤٦٢ — « مبثرة في مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجهدين من رجال السكهنوت ، مبثرة في كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية ، لا يفيها غالبية المتقاضين » .

(١) إذ أن مادة الأحوال الشخصية كل قد بدى في تدريسها بعض كليات الحقوق منذنا قيل هذا التاريخ . فقد أدخلت ضمن برامج الدراسة في كليات الحقوق بجامعة الإسكندرية ثم في جامعة القاهرة . ولكن هذه الدراسة انحصرت على الأجانب فقط دون التفرغ لأحكامها لدى غير المسلمين من المصريين .

(٢) ولعل عدم تدريس هذه المادة ضمن برامج كليات الحقوق — كما هو الشأن بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية — كان هو العامل الأساسي في ترك العناية بأحكامها وبمجها . والدليل على صحة هذا النظر أنه في السنوات العظيمة الماضية التي درست فيها مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ظهرت مؤلفات يمكن أن يقال بحق إنها أوضحت معالم هذه المادة ، بل وأرست الأسس التي تقوم عليها ، ورسمت الخطوط الرئيسية لما يمكن أن يسلكه أى تشريع تنجه الدولة الى إخراجها في هذا الصدد .

والحقيقة أنه — كما قيل بحق (أنظر الدكتور أحمد سلامة : الأحوال الشخصية لوطيحين غير المسلمين وللأجانب ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ بند ١ ص ٦) — لم يكن هناك ما يمنع من تدريس هذه القواعد « غير قواعد مصرية » ، تطبق على علاقات مصريين .

على أنه إذا كانت مسائل الأحوال الشخصية قد ظلت متروكة للشرائع الدينية المختلفة تطبق فيها الشريعة الإسلامية من جهة والشريعة المسيحية واليهودية من جهة أخرى ، وكانت أحكام الشريعة الإسلامية قد اتضحت وأصبحت معروفة يستطيع الجميع الوقوف عليها ، فقد كان من اللازم القيام بدور إيجابي في هذا الصدد بالنسبة لشرائع غير المسلمين . حتّى إن الأمر ليس هنا نظراً لأقسام غير المسلمين في مصر إلى طوائف وملا متعددة لكل طريقها الخاص، ولمل هذا هو السر الذي من أجله تردد المشرع في وضع قواعد خاصة تحكم مسائل أحوالهم الشخصية، أو في توحيد مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين جميعاً . قد يقال إن المشرع لم يخاطر بالأقدام على مثل هذا العمل نظراً لتلك العقبات الناشئة عن تعدد الطوائف وتباين القواعد الخاصة بكل منها عن غيرها ، وأن المشرع قد يواجه بالقول بأن مسائل الزواج والطلاق من المسائل التي تصل بالعقيدة الدينية ، وأن التدخل فيها يمس تلك العقيدة . إلا أن ما يثار من عقبات في هذا الصدد لا يمكن أن يقف على قدميه إزاء شذوذ ذلك الوضع حيث تعدد الشرائع التي تحكم أبناء الوطن الواحد بل وأبناء الديانة الواحدة ، في الوقت الذي يتجه فيه التنظيم القانوني في الدول الحديثة إلى وحدة التشريع المطبق في نوع واحد من المسائل بالنسبة لكل رعايا الدولة ^(١) .

وإذا كان توحيد القواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية أمراً مرغوباً فيه ، نظراً لما له من مزايا ، ولما يترتب عليه التنظيم القانوني في الدول الحديثة ، فإن من

(١) أنظر الدكتور جميل الشرفاوى : الأحوال الشخصية لفير المسلمين الكتاب الثاني (١٩٥٨) ص ٢ .

الممكن الوصول اليه ، على أن يراعى في ذلك تنادى كل ما يمس العقيدة الدينية لأية طائفة من الطوائف في مصر . ولا شك أن هناك من المسائل المتعاقمة بالزواج وآثاره ما يمكن توحيدها دون إثارة أدنى صعوبة لعدم مساسها بالعقيدة الدينية في شيء ، وذلك مثل النفقة والنسب والحضانة والمهر والجهاز والنظام المالي للزوجين . أما المسائل الأخرى التي تمس العقيدة الدينية ويختلف فيها حكم الديانات ، فهي ليست بالمسائل العديدة ، ومن ذلك مثلاً حالة تعدد الزوجات وإباحة الطلاق وحالاته . فمن الممكن بالنسبة لها أن توضع قواعد خاصة لكل شريعة دينية ، وذلك بما يتفق وأرجح المذاهب في الديانة ، بغض النظر عن الخلافات المذهبية ، لأنها خلافات لاتصل إلى جوهر العقيدة وترجع إلى اختلاف وجهات النظر في التفسير (١) .

ولقد نادى الفقه بضرورة توحيد مسائل الأحوال الشخصية والقضاء على تعدد التشريعات الواجبة التطبيق فيها ، وإذا كانت أصواتهم قد ارتفعت مطالبة بذلك قبل صدور القانون ٤٦٢ فإنها قد صارت أكثر تحمساً بعد صدوره (٢) ،

(١) انظر لى هذا المعنى ؛ المستشار حلى بطرس في معارضته : أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين (١٩٠٦ - ١٩٠٧) ص ٧-٨ ؛ وانظر أيضا : الدكتور جيل الشرفاوى ، في الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الثانى (١٩٠٨) ص ٤ ؛ حيث يقول أن الكتيرين ياملون زوال تعدد التشريعات في مسائل الأحوال الشخصية ، رغم ما قد يثار في سبيل تحقيقه من مخبات ناشئة من الخلاف الجوهرى بين قواعد الأديان المطبقة حول بعض المسائل ، كالطلاق ، وذلك على أساس أن تنظيم هذه المسائل تشريعياً يجب أن يقوم على الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها دون تأثر بالعقيدة الدينية . ويضيف الدكتور جيل الى ذلك (هامش الصفحة نفسها) أن كل الدول الأوروبية تقريباً تطبق فيها قوانين مدنية موحدة في مسائل الأحوال الشخصية بصرف النظر عن اختلاف القواعد الدينية المتعددة التي تفرضها ديانات او مذاهب أفرادها - (انظر الهامش سالف الذكر) .

(٢) انظر في هذا : احمد صفوت : قضاء الأحوال الشخصية للطوائف المللية ، المرجع السابق ، ١١٧ ، حلى بطرس ؛ المرجع السابق ، ص ٨ ؛ الدكتور عبد للنعم =

تقد اتخذ المشرع الخطوة الأولى في سبيل القضاء على وضع شاذ طالما تنبى الجميع زواله ، وقد آن له أن يتبع تلك الخطوة ثانية ، فيضع قواعد موحدة للجميع ، وبذلك تهباً الفرصة للمتضادين لكي يفقوا على ما لهم وما عليهم ، وتحقق وحدة القانون بالنسبة لجميع المواطنين .

وقد اتخذت الرغبة في توحيد قواعد الأحوال الشخصية دوراً إيجابياً ، إذ تألفت لجنة لوضع مشروع قانون مصري للأحوال الشخصية ، خاص بالمسلمين ومشروع آخر خاص بغير المسلمين^(١) ، ويبدو أن هذا الأخير سيكون قاصراً على الزواج وما يتعلق به . وهو موحد في قواعده بالنسبة للجميع غير المسلمين سواء من المسيحيين جميعاً أو من اليهود . ويبدو أن عماد المشروع الموحد لغير المسلمين هي القواعد المعمول بها لدى طائفة الاقباط الأرثوذكس ، باعتبارها الطائفة التي تمثل أكترية غير المسلمين . والواقع أن هذا الاتجاه يعد خطوة جريئة في سبيل توحيد قواعد الأحوال الشخصية — في النطاق الذي سار فيه المشروع ، وهو الزواج وما يتصل به — أما ما عدا ذلك من مسائل الأحوال الشخصية ، فإنه يبدو أن قواعدها ستكون موحدة بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين .

ولعل من الأوفق — إزاء الرغبة في توحيد قواعد الأحوال الشخصية — أن توحيد اللجان الثلاث عهد اليها باعداد المشروع الخاص بالأحوال الشخصية

= البدرأوى : المدخل لقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧ ، فقرة ١٣ ، الدكتور حسن كيرة : أصول القانون الطبعة الثانية ١٩٥٨ ، ص ٣٩٤ ؛ الدكتور رمزي سيف : الوجيز في قانون المراضات المدنية والتجارية للمصريين الطبعة الأولى ١٩٥٧ ، فقرة ١٨٢ ، ص ١٧٧ . (١) وقد سبقت هاتان اللجانان لبلجيتين أخريين وضعا مشروعين موحدتين للأحوال الشخصية لمسلمين ولغير المسلمين . لكن يصل بهما في الجمهورية العربية المتحدة . وقد اتخذ كل من هذين المشروعين — على ما يبدو — أساساً للمشروعين الجاري العمل فيهما في الوقت الحاضر ، للمسلمين ولغير المسلمين .

للمسلمين والمشروع الخاص بغير المسلمين ، حتى يمكن وضع مشروع واحد ، يضم مسائل الأحوال الشخصية جميعها ، خاصة في جميع المسائل التي لا تتصل بالعقيدة الدينية . ولا بأس من أفراد باب خاص للمسائل التي قد يثار فيها الأمر بالنسبة للعقيدة الدينية ، وهي مسائل قليلة مثل الطلاق وتعدد الزوجات .

بل ويا حبذا لو ضمت جهود هاتين اللجنتين القائمتين بأعداد مشروع الأحوال الشخصية إلى اللجنة التي عهد إليها بأعداد مشروع للقانون المدني ، فيخرج بذلك القانون المدني كاملا يضم بين دفتيه الأحوال الشخصية والأحوال العينية على غرار الثغينيات الحديثة .

على أنه لما كان من نتيجة توحيد جهات الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية أن أصبحت المحاكم الوطنية تطبق الشرائع الدينية المختلفة ، وقد كانت - كما قدمنا - قواعد غامضة مشتتة لا يسهل الوقوف عليها في كثير من الأحيان ، مما قد جعل مهمة المحاكم عسيرة - رغم ما قامت به من جهود مشكورة حتى الآن - فإن مهمة الباحثين ورجال الفقه لا تزال جوهرية في هذا الصدد . وقد عرض على القضاء مشاكل كثيرة وضع لها الحلول ، كما بذل الفقه من جانبه ، كل جهد في رسم الخطوط الهامة لموضوعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين واستجلى قواعدها وأحكامها خلال تلك الفترة القصيرة من تدريس هذه المادة في كليات الحقوق .

والواقع أن الدراسات الفقهية كان لها كبير الأثر في النهوض بهذه المادة وذلك بالتعاون مع القضاء . وإذا كان الاتجاه إلى إخراج تشريع ينظمها ، فليس معنى ذلك التقليل من الدراسات الفقهية وبصفة خاصة على النهج الذي سار عليه الفقه في صدد هذه المادة ، إذ أنه يوجه عنايته إلى المصادر المختلفة لأحكام

الاحوال الشخصية لدى الطوائف المختلفة من غير المسلمين ، من حيث الصادر الدينية والتقاليد التي جرى عليها العمل عند أبناء الطوائف المختلفة. وهذه دراسة أساسية لازمة لفهم كثير مما يمكن أن يقن من أحكام . ولذلك فالتا نرى أن الدراسات الفقهية على النحو الذي تدير فيه سنظل لها أهيتها حتى ولو صدر تشريع في هذا الصدد .

٣- خطة الدراسة : قبل أن نعرض للدراسة القواعد الموضوعية الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين من المصريين ، يتعين أن نعرض أولا لتحديد المقصود باصطلاح الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، نظراً لضرورة هذا التحديد وأهميته في التوصل إلى معرفة القواعد الواجبة التطبيق في المنازعات التي تعرض على القضاء . ذلك أن المشرع قد أوجب أن تطبق على غير المسلمين من المصريين شريعتهم ، وذلك كما تعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية . ولذلك كان من المتعين أن نحدد أولا المقصود بالأحوال الشخصية والمقصود بغير المسلمين من المصريين توصلاً إلى تطبيق شريعتهم ، كما نحدد كذلك ما يعتبر شريعة عندهم وشروط تطبيق هذه الشريعة .

وسنعرض لكل هذا في الكتاب الأول من هذا المؤلف . والواقع كما يبدو أن دراسة تلك الموضوعات تعتبر أساساً لازماً لكي توصل إلى تطبيق القواعد الموضوعية للطوائف المختلفة من غير المسلمين عندنا ، فهي تعد بمثابة قاعد عامة تسري أحكامها على الجميع ، كما سنرى .

وإذا ما انتهينا من دراسة المبادئ العامة في الكتاب الأول وتحددت القواعد الواجبة التطبيق ، كان من اللازم أن نعرض لتلك القواعد بالنسبة لغير المسلمين من المصريين . وهي كلها تدور حول الزواج وما يتصل به أو يتفرع عنه سواء في الشريعة المسيحية على اختلاف مذاهبها وطوائفها أم في الشريعة اليهودية .

الكِتَابُ الْأَوَّلُ

القواعد العامة في دراسة الأحوال الشخصية

تحديد المقصود بالأحوال الشخصية لغرض المسامحة من المهرين
وما يعتبر شريعة عندهم ، وشروط تطبيق هذه الشريعة

تمهيد

٤ - خطة الدراسة وتقسيم البحث : يجمل بنا قبل أن تعرض للدراسة أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين أن نحدد أولا ماهو المقصود بصارة الأحوال الشخصية . فاذا ما اتينا من ذلك كان علينا أن نحدد من هم المصريون غير المسلمين ، وهذا يقتضى أن قف على الطوائف والملل المختلفة التى توجد فى مصر من غير المسلمين .

على أن تحديد ما يدخل تحت مضمون الأحوال الشخصية من جهة ، وحصص الطوائف والملل المختلفة للمصريين غير المسلمين من جهة أخرى ، لا يخلو من فائدة . ذلك أن القانون يستلزم أن تصدر الأحكام فى منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم طبقا لشريعتهم ، إذ توافرت شروط معينة نص عليها القانون . وهذا يقتضى أن نبين ماهى شريعتهم التى يفصل فى المنازعات طبقا لها ، ثم ماهى شروط تطبيق هذه الشريعة .

ومن هذا تتضح خطة البحث التى سنتبعها فى هذا الكتاب ، إذ يستلزم الأمر أن قسمه إلى فصول أربعة فى الفصل الأول نحدد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية ، وفى الفصل الثانى نبين المصود بالمصريين غير المسلمين ، وفى الفصل الثالث نبين ما يعتبر شريعة دينية عندهم ، وفى الفصل الرابع والأخير نبين متى يمكن تطبيق شريعة غير المسلمين من المصريين ، أو متى آخر شروط تطبيق الشرائع الدينية لغير المسلمين من المصريين .

الفصل الأول

تحديد المقصود بالأحوال الشخصية

٥ - أهمية هذا التعديد : يفرق في نطاق القانون الخاص بين الأحوال الشخصية والأحوال المدنية ، وقد كان لهذه التفرقة أهمية خاصة في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء في مصر ، إذ كانت مسائل الأحوال الشخصية تدخل في اختصاص محاكم استثنائية كالقضاء المختلط والقنصلية بالنسبة للأجانب ، والمحاكم الشرعية وجهات القضاء الملي بالنسبة للمصريين ، وقد زال تعدد جهات القضاء على أثر انتهاء فترة الانتقال سنة ١٩٤٩ بالنسبة للأجانب ، ثم بصدد القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ والذي عمل به من أول يناير ١٩٥٦ بالنسبة للمصريين ، على النحو الذي يبينه من قبل ، وبذلك توحدت جهات الاختصاص القضائي في مصر .

أما بالنسبة للاختصاص التشريعي ، وقد كان مرتبطاً - كقاعدة عامة - بالاختصاص القضائي ، فإنه يفرق في هذا الصدد بين منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، حيث يرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص لكي تبين لنا القانون الواجب التطبيق ، أي تبين لنا القواعد الموضوعية التي تحكم منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم^(١) ، وبين منازعات الأحوال الشخصية الخاصة

(١) ولهذا فلن نعرض بالدراسة لقواعد القوانين الأجنبية في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إلا بصفة عارضة ، في مجال مقارنتها بالقواعد المصرية ، كما سرى ذلك بصفة خاصة بالنسبة للقانون الفرنسي والقانون اليوناني . =

بالمصريين . وبالنسبة للمنازعات الخاصة بالمصريين ينبغي أن يراعى أن إلفالم المحاكم الشرعية وجهات القضاء الملئ وضم اختصاصها إلى المحاكم الوطنية بالقانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥م ، لم يترتب عليه توحيد القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية . بل إن القانون المذكور أحال القاضى فى الفصل فى منازعات الأحوال الشخصية بين المصريين بصفة عامة إلى الشرائع الدينية .

تقد نصت المادة ٦ من القانون ٦٤٣ على أن : « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية ، طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشرعهم » .

وبين من نص المادة السادسة أن هناك طائفتين من القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة . الطائفة الأولى تضم القواعد التى كانت تطبقها المحاكم الشرعية فى المنازعات التى كانت أصلا من اختصاصها ، وهذه القواعد مبنية فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والى تقضى

ويكفى أن نبين بصفة عامة أنه يسرى على الأجانب القواعد القانونية للدولة التى ينتون إليها بجنسيتهم ، وذلك طبقا لما تقضى به قواعد القانون الدولى الخاص فى هذا الصدد . أما القواعد الموضوعية للأجانب . فانه ليس من السهل دراستها ، نظرا لتعدد واختلافها باختلاف الدول . ومن السير القول بأن بعض قواعد الأحوال الشخصية الخاصة ببعض الأجانب يستحق الدراسة أكثر من غيره ، إذ من المحتمل أن تعرض على القضاء المصرى مشاكل متباينة لرعايا دول شتى ، مما يجعل الجياورين قواعد دولة أو دول معينة أمرا عسيرا ولهذا سنكتفى هنا بدراسة القواعد الموضوعية لتبر المسالمين من المصريين ، ٢٢ ملين أن نتاح لنا الفرصة لدراسة بعض التشريعات الاجنبية فى هذا الصدد رغم صعوبة الاختيار كما بينا - فى مؤلف مستقل .

بأن «تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب أي حنيفة ، «اعدا الأحوال التي ينص فيها قانون الحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » . أما الطائفة الثانية - والتي أشير إليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ السالفة الذكر - فإنها تضم القواعد التي كانت تطبقها المجالس للملية ، سواء بالنسبة للمسيحيين على اختلاف طوائفهم ومذاهبهم ، أم بالنسبة لليهود ،

وقد حرص المشرع على النص على أن تصدر الأحكام في منازعات الأحوال الشخصية طبقاً للشرائع الدينية المختلفة « حتى لا يكون هناك إخلال بحق أي فريق من المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، في تطبيق شريعة كل منهم » (١) . وبذلك كفل المشرع احترام ولاية القانون الواجب التطبيق .

وإذا كانت قواعد الأحوال الشخصية للمصريين بصفة عامة ، مسلمين وغير مسلمين ، من المسائل التي يتعين على جميع المشتغلين بالقانون في الوقت الحاضر - وخاصة بعد توحيد جهات القضاء - الاطلاع عليها (٢) ، فإننا لن نتعرض بالدراسة لكل تلك القواعد ، بل سنكتفي بدراسة قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين غير المسلمين فقط ، أما بالنسبة للمسلمين فإن المؤلفات فيها عامرة بالابحاث مما يجعل من السهل الوقوف على حكم أية مسألة تعرض على المشتغلين بالقانون . وما سبق يتبين لنا أنه لما كان اعتبار مسألة من المسائل داخلة في نطاق الأحوال الشخصية يترتب عليه تطبيق الشريعة الدينية ، فإنه يتبين لنا مدى أهمية تحديد المقصود بالأحوال الشخصية حتى نقف على مدى ما يدخل تحت مدلول هذا الاصطلاح من مسائل تطبق عليها الشرائع الدينية .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٢) وهو ما لا ينسب بالنسبة للقواعد الخاصة بالأجانب على اختلاف جنسياتهم .

٦ - صعوبة تحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

على أن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية يعتبر من الأمور الدقيقة التي يصعب فيها وضع معايير ثابتة . حقاً إن من اليسير باديء ذي بدء أن نعرف فكرة الأحوال الشخصية والأحوال العينية في تعريف عام ، فنقول إن المقصود بالأحوال الشخصية المركز القانوني للأشخاص وبالأحوال العينية المركز القانوني للأموال ، ولكن التعريف على هذا الوجه العام يبدو غير كاف إذا دخلنا في مجال التطبيق بخصوص كل حالة على حدة^(١) . ذلك لأن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية كان دائماً مثاراً للخلاف ، سواء في ميدان الفقه أو القضاء أو التشريع ، وهذا ما جعل الكثيرين - في صدد تعريفهم لهذا الاصطلاح في نطاق القانون الدولي الخاص - يفضلون القول بأن الأحوال الشخصية يقصد بها مجموع المسائل التي يحكمها مايسمى بالقانون الشخصي (loi personnelle) .

٧ - في الشريعة الإسلامية : وإذا أردنا أن نبث عن تحديد المقصود باصلاح الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فالتا نجد أن هذا الاصطلاح لم يكن معروفاً لدى قهائنا^(٢) . ذلك أن الأحكام التي جاءت بها تلك الشريعة تنقسم إلى قسمين : قسم يتعلق بالعقائد كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله .. وهذا

(١) انظر في هذا رسالة الأستاذ الدكتور حسن بنهادي بعنوان :

Origine et technique de la distinction des status personnels et réels en Egypte, Le Caire 1937, P. 3.

(٢) ولذلك نجد أن المشرع المصري لم يذكر هذا الاصطلاح في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هـد يانه لاختصاص تلك المحاكم . وإنما استعمل عبارة « المواد الشرعية » (انظر على سبيل المثال المادة ٨ من اللائحة المذكورة حيث تقرر أن المحاكم الابتدائية الشرعية تختص بالمحكم الابتدائي في المازعات في المواد الشرعية ، وانظر أيضاً المادة ٧ من هذه اللائحة) .

يدخل في دراسة التوحيد. وقسم يتعلق بأعمال الانسان، وينقسم إلى عبادات ومعاملات. أما العبادات ، فهي الأعمال التي يتقرب بها الانسان الى الله كالصلاة والصوم . وأما المعاملات ، فهي تنظم علاقة الانسان بشيئه كالمقود والتصرفات ، سواء تعلقت بتنظيم الاسرة وتكوينها كالخطبة والزواج وما يتفرع عنها ، أم تعلقت بالاموال من بيع واجارة...^(١)

وقد ذكر ابن عابدين أن المعاملات خمس: المعاوضات ، المالية والامانات ، والزواج وما يتصل به ، والمخاصات ، والتركات . وبذلك يندرج الزواج وما يتصل به ، مما يدخل تحت مدلول الاحوال الشخصية في الوقت الحاضر في قسم المعاملات^(٢).

ولكن إذا كان الزواج يندرج في قسم المعاملات على النحو السابق ، إلا أنه قد ألحق حكماً بالعبادات . وبذلك يدخل في المعاملات العلاقات المالية والعلاقات العائلية مع مراعاة ما يدخل منها حكماً في العبادات . ومعنى إلحاق الزواج حكماً بالعبادات أن لغير المسلمين أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينين بالنسبة له ، إذ القاعدة أن غير المسلمين مخاطبون بأحكام المعاملات^(٣). ومن

(١) الأستاذ عمر عبد الله : أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى . سنة ١٩٥٦ . ص ١٤ .

(٢) أنظر حاشية ابن عابدين جزء ١ : ٥٦ . مشار إليه في مؤلف الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى عن أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي . الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ص ١٥ . ويجعل الشافعية من الزواج وما يتصل به قسماً مستقلاً ، لا يندرج تحت المعاملات ، كما يرى ابن عابدين . وعدم تقسيم الفقه إلى أربعة أقسام كبرى وتعتبر أركاناً له ، هي العبادات والمعاملات ، والزواج وما يتصل به ، والمقوبات (المرجع السابق ، نفس الصنعة) .

(٣) فالشريعة الإسلامية تقضى بخضوع غير المسلمين المقيمين في دار الاسلام ، من دميين ومستمئين لأحكام الاسلام في المعاملات . وهذا تطبيق لمبدأ إقليمية القوانين المروء في =

المعروف أن الزواج يدخل في المعاملات ولكنه أخرج منها وألحق حكماً بالعبادات حتى لا يخاطب غير المسلمين بأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة له، بل لهم أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينيين، كما لهم أن يترافعوا اليهم في كل ما يتصل بالعبادات والمقائد .

على أنه إذا كان اصطلاح الأحوال الشخصية اصطلاحاً غريباً على الشريعة الإسلامية، فإن كثيراً من الفقهاء الذين بحثوا مادة الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين، قد جروا على أن يدخلوا تحت هذا العنوان : الزواج وما يتصل به، وإنهاءه وما يترتب على هذا الإنهاء، والنسب وآثاره (١) .

٨- في الدول الأخرى: وتحديد المقصود بالأحوال الشخصية يختلف من دولة إلى أخرى . فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية، والبعض الآخر يوسع من هذا النطاق، ويرجع ذلك إلى عوامل متعددة . ففي فرنسا مثلاً يدخل تحت مدلول الأحوال الشخصية الحالة Etat والأهلية capacité (٢) . ولكن هذا الاصطلاح له مدلول أوسع في إيطاليا حيث يشمل إلى جانب الحالة

= الوقت الحاضر . ولكن البدء لا يطبق على إطلاقه في الشريعة الإسلامية، إذ يخرج من تطبيقه - على الرأي الأرجح - المعاملات الخاصة بين التدين التي لا يتعدى ضررها أو شرها إلى المسلمين، كالنكحة وشرب الخمر، فيعامل فيها أهل الذمة بأحكام دينهم . أنظر في هذا : الدكتور محمد عبد المنعم رياض : مبادئ القانون الدولي الخاص الطبعة الثانية ١٩٤٣ ص ٢٨٨ حققة ٣٢١ وما يليها .

(١) انظر مثلاً مؤلف الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي . الطبعة الأولى عام ١٩٥٦ :

(٢) تنص المادة ٢ فقرة ٣ من القانون المدني الفرنسي على ما يأتي :

“Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers.”

والأهلية ، الموارث والصايا والمبات ، وذلك استنادا إلى ما بين نظام الارث والروابط العائلية من وثيق الصلات (١) . وقد تأثر القانون الإيطالي بقية « مانثيني » الذى يوسع من نطاق الأحوال الشخصية . ومن ذلك يتبين لنا أن القانون الفرنسى يجعل الموارث من الأحوال العينية ، وذلك على خلاف القانون الإيطالى الذى يجعلها من الأحوال الشخصية .

٩ - في مصر : وإذا ما حاولنا فى مصر تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، فالتا لا نستطيع الاستناد إلى الشريعة الإسلامية التى لا تعرف هذا الاصطلاح ، كما لا يمكننا الاستناد كذلك إلى القانون الفرنسى ، رغم أن نظامنا القانونية بصفة عامة مستمدة من النظام الفرنسى ، ذلك لأن الاتجاه الذى ساد فى مصر بالنسبة لفهم مدلول هذا الاصطلاح قد اتجه إلى التوسع على غرار القانون الإيطالى .

وإذا ما رجعنا إلى عهد الإصلاح القضائى فى مصر حيث ظهرت التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية قلاعن البلاد اللاتينية ، وحيث كان للتفرقة أثرها من حيث الاختصاص القضائى والتشريعى ، لرأينا أن هناك اتجاها نحو التوسع فى معنى الأحوال الشخصية ، وذلك نظراً لقيام الامتيازات الأجنبية . وقد روى آنذاك أن ينكس نطاق القوانين الإقليمية (القوانين المختلطة والأهلية) عن بعض المسائل لطبق عليها القانون الشخصى .

وقد كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر

(١) انظر الدكتور حسن بدادى : الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لموارث غير المسلمين وصاياهم ، مجلة الحقوق ، السنة الأولى ص ٦٢٣ . وأنظر فى علة التضييق فى القانون الفرنسى والتوسع فى القانون الإيطالى : الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، الجزء الثانى الطبعة الثانية ، بند ٧٥ ص ١٤٥

والنفقة وغيرها ، ولا في مسائل الميراث والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية. ونص المادة ١٦ على هذا التحول يدل على أن بيان المسائل الواردة فيها لم يكن على سبيل الحصر ، إذ بعد أن ذكرت عدة حالات تدخل في نطاق الأحوال الشخصية أردفتها بعبارة « وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية » .

وقد كانت هناك نصوص أخرى تشير إلى مسائل الأحوال الشخصية. فقد كانت المادة ٤ مدني مختلط تنص على أن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والزواج والميراث والوصية والحماية والقوامة تبقى من اختصاص قاضي الأحوال الشخصية ^(١) .

والظاهر أن المقصود بالأحوال الشخصية لم تحدد معالمه على وجه ثابت ، لأن المحاكم المختلطة كانت تتوسع دائماً في نطاق المسائل التي يخضع فيها الأجانب لقوانينهم ، وقد كان في هذا التوسع توسيعاً لاختصاصها ^(٢) .

١٠ - تحديد محكمة النقض للمقصود بالأحوال الشخصية ؛

ولما لم يكن هناك اتفاق حول تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، وإزاء اتجاه المحاكم المختلطة إلى التوسع في تفسير هذا الاصطلاح ، حاولت محكمة النقض أن تحدد المقصود بالأحوال الشخصية ، فقضت في حكم لها بأن « الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً ، أو كونه ثام

(١) أنظر أيضاً : المواد ٧٧ و ٧٨ و ١٩٠ مدني مختلط . والمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٢٠ مدني أهلي .

(٢) أنظر : مزالدين عبد الله . المرجع السابق . ص ١٤٦

الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذا فالوقف والهبة والوصية والتفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم على فكرة التصديق المتدوب اليدانية ، فالجاء هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، كيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصراً دينياً ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها ^(١) .

ويبدو من هذا الحكم أن محكمة النقض قد تأثرت بما جرى عليه الفقه الفرنسى فى تحديده للأحوال الشخصية ، وخاصة فى تحديده للمقصود بالحالة (l'état) ^(٢) ، ولكن الحكم لم يقف عند التعريف الذى وضعه يحدد فيه الأحوال الشخصية ، بل أضاف بعد ذلك ماذهب إليه المشرع المصرى من جعل الوقف والهبة والوصية من الأحوال الشخصية . وبذلك قد التعريف أهميته فى

(١) نقض مدنى فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ طعن رقم ٤٠ س ٣ ق . المحاماة س ١٥ س ٨٧ ومجموعة التواحد القانونية : محمود عمر . جزء أول . رقم ٢٠٠ س ٤٥٤
(٢) أنظر : بلانول — ريبير وبولانجيه . الجزء الأول ، الطبعة ٥ سنة ١٩٥٠ س ١٨٤ : وكذلك : أدري ورو ، وبارتان ، الجزء الأول ، الطبعة ٦ سنة ١٩٣٦ س ١٥٧

أن يكون أساسا علميا للفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، وإذا كان الحكم قد ذكر أن تلك المسائل (الوقف والهبة والوصية . .) من مسائل الأحوال العينية ثم اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية . فإن الذى أوقعه فى ذلك هو ربط الاختصاص التشريعى بالاختصاص القضائى ، فطالما أن تلك المسائل قد أخرجت من اختصاص المحاكم المدنية وألحقت باختصاص محاكم الأحوال الشخصية فإنها تعتبر من الأحوال الشخصية ، حتى ولو كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينية .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض كذلك أنه اعتبر النفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية ، مع أن هناك ما يفيد اعتبارها من الأحوال الشخصية ، وهذا ما كانت تقضى به المحاكم الأهلية تطبيقا للمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، التى سبق الإشارة إليها ، والتى كانت تقضى بأن المسائل المتعلقة بالنفقة هى من مسائل الأحوال الشخصية الخارجة عن اختصاص المحاكم الأهلية (١) .

ويلاحظ أخيرا على حكم محكمة النقض أنه أورد تعريفا للأحوال الشخصية ، وهو أقرب إلى أن يكون تعريفا للحالة ، ولعل السرى فى ذلك هو تأثير الحكم بتعريف الفقهاء الفرنسيين للحالة كما ينالنا . ثم إن الحكم لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة داخلة ضمن الأولى مع أنها فى الواقع نتيجة لها (٢) .

(١) أنظر مبادئ القانون الدولى الخاص ، للدكتور محمد عبد النعم وياض . سنة ١٩٤٣
فقرة ٤٦٠ ص ٤١٠ — ٤١١ . وانظر كذلك : أصول القانون الدولى الخاص ، للدكتور حامد
زكى ، وخاصة ص ١٢١ ، و ص ١٤٩

(٢) حامد زكى : المرجع السابق ص ١٢١ ، فقرة ١٢٧

هذا هو حكم محكمة التقض ، وإذا كانت المحكمة قد حاولت فيه تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، إلا أنها لم تحددها بصورة واضحة مائة من قد الفقه . ولعل ما أحاط بالموضوع من غوض (١) كان سببا في تدخل المشرع لكي يحدد المقصود بالأحوال الشخصية تحديدا شاملا .

١١ - بيان الأحوال الشخصية في المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة :

ولذلك عندما أبرمت اتفاقية مترو ١٩٣٧ وصارت المحاكم المختلطة مختصة بالنظر في مواد الأحوال الشخصية إلى جانب المحاكم القنصلية (٢) ، وصدرت لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة نصت المادة ٢٨ منها على مايعتبر من الأحوال الشخصية قررت أنه : « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة ، وعلى الأخص

(١) أنظر قبل ذلك حكا لمحكمة الاستئناف الأهلية في ١١ مارس سنة ١٩٣٤ ، وقد حاولت المحكمة في ذلك الحكم تحديد المقصود بالأحوال الشخصية والأحوال البنية فقررت أنه ليس المقصود بالأحوال البنية النظام الخاص بالمسال وإنما يقصد به التوازن الأهلية والمختلطة المعمول بها والتي تفصل في المسائل المالية وغيرها من الحقوق . وأما النظام الشخصي ، فهو النظام المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية المبنية في كتاب الأحوال الشخصية ، ويشير الحكم إلى ما جاء بكتاب الأحوال الشخصية لقدرى باتا (أنظر الحكم في مجلة المحاماة س ١٣ رقم ٦٣٤ من ١٩٤٦) .

(٢) جاء في المادة ٢٧ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة أن تلك المحاكم تختص في « المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، في الأحوال التي يكون القانون الواجب التطبيق فيها ، طبقا لأحكام المادة ٢٩ ، هو قانون أجنبي » . كما نصت المادة ٥٦ على أن المحاكم المختلطة لا تختص بمواد الأحوال الشخصية متى كان هذا القانون الأجنبي قانون دولة وقعت على الاتفاق واحتفظت لمحاكمها القنصلية بالاختصاص في مواد الأحوال الشخصية .

الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة)^(١) ونظام الاموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقارب بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالتقعة للاقارب والاصهار ، وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقيامه والحجر والاذن بالادارة . وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، وبالنفية وباعتبار المفقود ميتا .

وقد جاء هذا النص قاطعا في بعض المسائل والنظم القانونية التي كانت موضع شك ، وأدخلها في نطاق الأحوال الشخصية ، بعد أن كانت من قبل محل خلاف^(٢) ، كما أنه ميز بين الحالة والاهلية بعد أن رأينا أن حكم محكمة القضاة كان يدخل الأهلية ضمن الحالة . فقرر أن الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة ...

ولكن يلاحظ على نص المادة ٢٨ أنه لم يورد بياناً جامعاً مانعاً لما يعتبر من الأحوال الشخصية ، ذلك أن البيان الذي أورده النص لم يوضع على سبيل الحصر . وهذا ما يفهم من صياغته حين بدأه بعبارة « تشمل الأحوال الشخصية » ، مما يدل على أن المشرع قصد بيان طائفة مما يدخل تحت عبارة الأحوال الشخصية . ثم إن كون الأحوال الشخصية تشمل ما ذكره النص من مسائل لا يعني بالضرورة أنها تشمل غير تلك المسائل ، بل إن هناك أموراً أخرى يمكن أن تدخل في

(١) وضم من هذا أن الدوطة مرادفة لمهر ، مع أنها مختلفان كما سترى (انظر بند رقم ١٣ فيما يلي) .

(٢) انظر : عبد النعم رياض ، المرجع السابق ص ١٦٧ . حر الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

مدلول الأحوال الشخصية ومع ذلك لم يرد ذكرها في نص المادة وذلك كالحضانة وتصفية التركات .. (١)

١٢- المادة ١٣ من قانون نظام القضاء وعموميتها بالنسبة للمصريين والأجانب :
ومها يكن من الأمر ، فإن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية قد ظل محكوماً
بالمادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي المحاكم المختلطة طوال فترة الانتقال حتى زالت
المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية وقل اختصاصها إلى المحاكم الوطنية ، وبذلك صارت
هذه الأخيرة صاحبة الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب
ثم أصبحت صاحبة الاختصاص نهائياً في جميع مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة
للمصريين كذلك ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ على أثر صدور القانون رقم
٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

فقد كانت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء (٢) تنص في فقرتها الأولى على
أنه « تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات ، وفي المواد المدنية والتجارية ،
وفي جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . ونصت الفقرة الثانية على أنه
« وكذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل في المنازعات والمسائل
المتعلقة بالأحوال الشخصية » .

ولما صدر القانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ عدلت المادة ١٢ من قانون نظام
القضاء فحذفت الفقرة الثانية منها وعدلت الفقرة الأولى وصار نصها كالآتي :

(١) وهذا ما قال به الفقهاء : أنظر عبد المنعم رياض ، المرجع السابق . ص ١٦٧ ،
حامد زكي في مقاله عن « اتفاقية مونترو وجهات الأحوال الشخصية في مصر » مجلة القانون
والاقتصاد ، السنة ١٢ ص ٢٩ .

(٢) وهو الذي أنشئ الأمر المالى الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ والخاص بلامعة
المحاكم الأهلية والأمر المالى الصادر في ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ والخاص بلامعة الإجراءات
الداخلية الخاصة بتلك المحاكم .

« تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، وجيع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . وإشارة النص إلى اختصاص المحاكم بالأحوال الشخصية يعنى أنه خاص بالمصريين والأجانب ، بمد أن كانت الفقرة الثانية من المادة قبل تعديلها تقصر الاختصاص بالأحوال الشخصية على الأجانب فقط .

ثم جاء المشرع بذلك في المادة ١٣ وحدد بالمقصود بالأحوال الشخصية ، وقد بقى نص المادة ١٣ كما هو دون تعديل . وهذا يعنى أنه إذا كان تحديد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية في ظل الوضع الاول للعادة ١٢ من قانون نظام القضاء قبل تعديلها ينصرف إلى الأجانب فقط ، فان بقاء نص المادة ١٣ كما هو حتى بعد تعديل المادة ١٢ أصبح يعنى انصرف المقصود بالأحوال الشخصية ليس فقط إلى الأجانب وحدهم وإنما أيضاً إلى المصريين . وعلى ذلك فتحديد المقصود بالأحوال الشخصية الوارد في المادة ١٣ ينصرف إلى المصريين وإلى غير المصريين على السواء ، لأن ما أورده المادة ١٣ لبيان المقصود بعبارة الأحوال الشخصية ، التى أشير إليها في المادة ١٢ بعد تعديلها ، يعتبر بياناً لمسائل الأحوال الشخصية في القانون المصرى بصفة عامة^(١) ، وإن كان هذا البيان قد ضاق نطاقه بالنسبة للمصريين كما سنرى ذلك بعد قليل .

على أننا إذا أردنا أن نعرض لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية التى أوردها المادة ١٣ من قانون نظام القضاء فانا نستطيع القول بصفة عامة بأن ما ورد

(١) انظر أيضاً : جيل الشرفاوى : الأحوال الشخصية للأجانب ، المرجع السابق ، ص ٧ - ٩ وياتى للتجاهين الذين ظهرا في شأن المادة ١٣ وهل التعداد الوارد فيها خاص بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فقط أم للأجانب والمصريين على السواء ، وترجيحه قرأى القائل بأن البيان الوارد في المادة ١٣ خاص بالمصريين والأجانب بصفة عامة . يأخذ بهذا الرأى كذلك : أحمد ملامه : الأحوال الشخصية لوطنيين غير المسلمين والأجانب . الطبعة الثانية بند ٢٦ .

بها يكاد يطابق ما أورده المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . فقد نصت المادة ١٣ على أنه : « تشمل الاحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة السابقة ، المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والموطة ، ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وإنكارها ، والعلاقة بين الاصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامه والحجر والاذن بالادارة وبالنفية واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت » .

هذا وقد ظل تحديد المقصود بالاحوال الشخصية في قانون نظام القضاء بالمادة ١٣ على ما هو عليه حتى بعد صدور قانون السلطة القضائية في الجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٥٩ (القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩) ، ذلك أنه لم يلغ من أحكام قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ إلا ما يتعارض مع أحكام القانون الجديد (سنة ١٩٥٩) . وهذا الاخير لم يعرض لتحديد الاحوال الشخصية ، ولذلك تظل الاحوال الشخصية محكومة بقانون نظام القضاء الصادر ١٩٤٩ في المادتين ١٣ و ١٤ منه .

١٣ - مقارنة بين نص المادة ١٣ ولادة ٢٨ : (المهر والموطة ، والولاية ، والنفية) :

على أنه إذا كان يمكن القول - كما قيل بالنسبة للمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة^(١) - ان البيان الوارد في المادة ١٣ لم يرد على سبيل الحصر ،

(١) انظر عز الدين عبد الله المرجع السابق . فترة ٧٥ ص ١٤٨

لانه بيان غير مانع ، إلا أنه يمكن أن يلاحظ على نص المادة ١٣ من مقارنته
بنص المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ما يلي :

١ - **المهر والدوطة** : فيلاحظ أولاً أن نص المادة ١٣ قد أوضح أن الدوطة
غير المهر لانه ذكر .. « **للمهر والدوطة** » أما نص المادة ٢٨ فقد كان يحمل منها
مرادفاً للمهر . والواقع أن الدوطة تختلف عن المهر ، فالمر - كما هو معروف -
هو المال الذي يدفعه الزوج لزوجته بمناسبة عقد زواجها^(١) ، ومن المسلم أنه من
مسائل الاحوال الشخصية . أما الدوطة فهي المال الذي تقدمه الزوجة لزوجها عند
زواجها وذلك للانتفاع بها في تحمل أعباء الحياة الزوجية عن طريق استئثار
الزوج لها^(٢) . وإذا كان من المسلم به أن المهر يعتبر من مسائل الاحوال
الشخصية ، فقد ثار الخلاف حول الدوطة وهل تعتبر من مسائل الاحوال
الشخصية أو من الاحوال العينية .

ورغم النص على اعتبار الدوطة من مسائل الاحوال الشخصية ، قد ذهب
القضاء الوطني إلى اعتبارها من مسائل الاحوال العينية . وقرر محكمة النقض
في هذا الشأن : « أن الدوطة ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من
شروطه ، إذ الزواج يتم صحيحاً بدونها ، وإذا تمهدت الزوجة أو أهلها « بدوطة »
للزوج ، فلا يترتب على الامتناع عن دفعها إليه فسخ الزواج ، بل يكون له فقط
حق المطالبة بها على أساس أن التهدبها يتولد عنه التزام مدني . فالنزاع المتعلق

(١) انظر في هذا : الأستاذ عمر عبدالله : أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية .
ط ١ سنة ١٩٥٦ ص ١٩١ وما بعدها ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الاحوال
الشخصية في الفقه الإسلامي . ط ١ . سنة ١٩٥٦ ص ١٨٤ .
وسرى حكم المهر في الشريعة المسيحية . وهل هو ركن من أركان العقد أم أنه ليس كذلك
عند الكلام عليه في حقيقته .

(٢) وانظر في تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين والمهر والدوطة بند ١٣٩ فيما يلي .

بالدولة هو نزاع بعيد عن المساس بقصد الزواج . ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية ... »^(١)

وفي حكم آخر قضت أيضاً بأن الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة « دويلة » بائنة ، تسلم إلى الزوج عند الزواج للاتفاق بغلتها في تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالى ، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقيه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينسبون إليها ، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام ... »^(٢)

على أن هذا القضاء الوطنى اذا كان له ما يسانهه فى تكييفه للدولة على أنها من الاحوال العينية فى ظل الوضع السابق ، إزاء القموض فى صياغة المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى وانصراف ما جاء بذلك النص الى ما يعتبر من الاحوال الشخصية عند غير المصريين ، فان هذا القضاء أصبح لا مبرر له الان ، بعد أن تبين بجلاء فى نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء أن « الدويلة »

(١) انظر نقض مدنى فى ٢٧/٥/١٩٤٢ طعن رقم ٥ سنة ١٢ ق ، (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الحجة والعشرين عاما حتى سنة ١٩٥٥ جزء أول ص ١١٩ قاعدة رقم ١٤ وما بعدها) .

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٢/٦/١٩٥٢ طعن رقم ١٠٢ سنة ١٩ ق ، نفس الموضع السابق (ص ١١٩ - ١٢٠) .

وانظر أيضا حكما لمحكمة الاسكندرية . وقد اعتبر المحكمة أن الدويلة عند مدنى (ردية) ماصر لمعد الزواج . وقد بحثت المحكمة المسألة من الناحية التاريخية ومن ناحية القانون المقارن وردت على الحقبة المؤسسة على أن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء قد أدرجت الدويلة ضمن الأحوال الشخصية (الحكم صادر فى القضية رقم ١٦٢٧ لسنة ١٩٥١ فى ٨ مارس ١٩٥٣ ومشار إليه فى كتاب الاستاذ تادرس ميخائيل تادرس : فى الأحوال الشخصية للاجانب ص ٥٨ - ٦٠) . وانظر فى نقد مذهب هذا الحكم : أحمد سلامة : المرجع السابق ، النبعة الثانية بند ٢٥ ص ٤٥ وما بعدها .

تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية ، وأن تحديد الاحوال الشخصية الذى أوردته هذا النص يعتبر تحديدا عاما لمضمون هذه الفكرة فى النظام المصرى ، سواء بالنسبة للاجانب أو بالنسبة للمصريين . وعلى ذلك فالتقضاء الذى يجعل اللوطة من المسائل المالية يعتبر قضاء مخالفا لصريح المادة ١٣ من قانون نظام القضاء .

٢ - **الولاية** : ويلاحظ ثانيا فى مجال المقارنة بين نص المادة ١٣ ونص المادة ٢٨ أن النص الاول أضاف مسألة الولاية واعتبرها من مسائل الاحوال الشخصية فى حين أن المادة ٢٨ لم تشر اليها .

٣ - **الهبة** : وأخيراً فإن المادة ٢٨ كانت تجعل الهبة من الاحوال الشخصية بصفة مطلقة ، وجاءت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء خالية من النص عليها ، ولكن المادة ١٤ التالية لها مباشرة نصت على أن تعتبر الهبة من الاحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين ، إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك . وعلى هذا فإنه يتعين بالنسبة للهبة أن ينظر إلى القانون الاجبى ، فإذا كان يعتبر الهبة من الاحوال الشخصية فإنها تعتبر كذلك ، فالمادة ١٤ من قانون نظام القضاء تناول حالة يخرج فيها القانون بالنص على المبدأ الذى يقضى بأن ما يعتبر فى القانون المصرى من الاحوال الشخصية يكون كذلك بالنسبة للمصريين والاجانب ^(١) . ذلك أن الهبة طبقا للقواعد الواردة بشأنها فى القانون المدنى ، فى المواد ٤٨٦ وما بعدها ، تعتبر بالنسبة للمصريين من الاحوال العينية وليست من الاحوال الشخصية .

١٤ - **اختلاف نطاق الاحوال الشخصية بالنسبة للمصريين والاجانب :**

على أنه إذا كان لنا أن نجتمع ما ذكرته المادة ١٣ من قانون نظام القضاء

(١) أنظر : جيل الشرفاوى : المرجع السابق ، ص ٩ وهامش رقم ١
وانظر ما سذكره فيما بعد عن مسألة إخراج الهبة من نطاق مسائل الأحوال الشخصية .

فى فئات مترابطة كان لنا أن قول إن مسائل الاحوال الشخصية تندرج فى
الفئات الآتية (١) :

(١) المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم .

(٢) المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين
وواجباتها المتبادلة ، والمهر والوطوة ، ونظام الاموال بين الزوجين ، والطلاق
والتطليق والتفريق ، وكذلك المسائل المتعلقة بالبنوة والاقرار بالابوة وانكارها
والعلاقة بين الاصول والفروع ، والالتزام بالنفقة بين الاقارب والاصهار
وتصحيح النسب والتبني .

(٣) المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة
والفنية واعتبار المفقود ميتا .

(٤) المنازعات المتعلقة بالموارث والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة
إلى ما بعد الموت .

هذه هى المسائل المختلفة التى تدخل فى مدلول اصطلاح الاحوال الشخصية.
ولكن نطلق ما يعتبر من الاحوال الشخصية يختلف بالنسبة للمصريين عنه
بالنسبة للاجانب ، وهذا ما يجب التنبيه اليه ، حقا إن اصطلاح الاحوال
الشخصية فى النظام المصرى له مدلول واحد ، الا أن ما يعتبر من
الاحوال الشخصية ويطبق عليه القانون الشخصى يختلف بالنسبة للمصريين
عنه بالنسبة للاجانب . فبالنسبة للاجانب يطبق القانون الشخصى أى قانون
الجنسية على كل ما يعتبر من الاحوال الشخصية طبقاً للنظام المصرى ، وقد عبر
المشرع المصرى عن القانون الشخصى فى هذا الصدد بتعابير مختلفة ، فرة

(١) هذا مع مراعاة ما ورد فى المادة ١٤ بشأن البية بالنسبة لغير المصريين .

يقول إنه « قانون الدولة التي يشتمون إليها يجنسيتهم » ، ومرة أخرى يقول « قانون كل من الزوجين » (انظر المادتين ١١ و ١٢ من القانون المدني وانظر أيضاً المواد ١٥ و ١٦ و ١٧) . أما بالنسبة للمصريين فإن القانون الشخصى . وهو فى هذه الحالة القانون الدينى أو الشريعة الدينية ، لا ينطبق على كل الحالات التى تدخل تحت عبارة الاحوال الشخصية التى جاءت بها المادة ١٣ من قانون نظام القضاء . ذلك لأن هناك مسائل أخرجا المشرع من نطاق تطبيق القوانين الشخصية أو الشرائع الدينية لكي يطبق عليها قواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين على اختلاف دياناتهم ، فأصبحت بذلك محكمة قانون واحد بالنسبة لجميع المصريين ، وإن كان هذا لا ينفى أن من بين تلك المسائل التى أخرجت من نطاق تطبيق الشرائع الدينية لتخضع لقانون واحد بالنسبة للجميع ما تعتبر فى جوهرها وبموجب طبيعتها من الأحوال الشخصية ^(١) .

ولذلك فإنه ينبغي الحيلة عند تحديد ما يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين وبالنسبة للأجانب أو المنازعات التى يدخل فيها عنصر أجنبي . وتحديد ما يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين له أهميته الآن بالنسبة إلى الاعتراف بولاية الشرائع الدينية ، أى بالنسبة لتطبيق القانون الشخصى ، إذ على الرغم من إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة إلا أن المحاكم العادية ستظل تفتى فى منازعات الأحوال الشخصية - تبعاً لاختلاف عقائد الخصوم - بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الأخرى : المسيحية واليهودية ، مع مراعاة أن الشريعة

(١) انظر : جميل الصرفاوى ، المرجع السابق هامش رقم ٤ ص ٧ . وقارن مع ذلك الدكتور حسن بى دادى ، مجلة الحقوق ، السنة الأولى ص ٦٢٢ وما بعدها ، ورسالة السابق الإشارة إليها (بالفرنسية) ص ٤ من المقدمة ؛ وكذلك : حلمى بطرس : أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، محاضرات لطلبة كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ص ١٧ - ١٨ .

الاسلامية في هذا الصدد هي الشريعة ذات الولاية العامة ، توجه أحكامها إلى المسلمين وإلى غير المسلمين ، وان ولاية الشرائع الدينية الأخرى في هذا الصدد ، إنما هي ولاية استثنائية بحتة ، تنطبق حيث توافر شروط معينة حددها القانون ، كما تنطبق كذلك بالنسبة لمسائل معينة هي مسائل الأحوال الشخصية التي لم تمتد إليها يد المشرع بتوحيدها بالنسبة لجميع المصريين . فما هي تلك المسائل التي وحدت بالنسبة لجميع المصريين ، وخرجت بذلك من نطاق تطبيق الشرائع الدينية ؟ وما هي تلك المسائل التي بقيت تحكمها الشرائع الدينية ؟

١٥ - المسائل التي تخضع لقواعدها موحدة بالنسبة لجميع المصريين :

هناك مسائل تدخل في نطاق الأحوال الشخصية الذي حددته المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ، ولكنها أصبحت الآن تخضع للقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين وتبعاً لذلك صارت تخضع للقواعد التي نظمتها ، ولا تخضع للشرائع الدينية المختلفة. ومن هذه المسائل ما ورد في القانون المدني ، ومنها ما ورد في شريعات متفرقة . فن القواعد الواردة في القانون المدني والتي تدخل تحت مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية تلك التي تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم ، وقدوردت الأحكام الخاصة بها في المواد ٢٩ وما بعدها حتى المادة ٥١ من القانون المدني ، فهناك القواعد الخاصة ببدء الشخصية وانتهائها (المواد ٢٩ - ٣٢) والقرابة (المواد ٣٤ - ٣٧) ، والاسم واللقب (المواد ٣٨ - ٣٩) .. والأهلية (المواد ٤٤ - ٤٨) ... أما القواعد الواردة في شريعات خاصة ، فهي الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية^(١) والوقف والولاية على المال وبعض أحكام الولاية على النفس ، فهذه مسائل تحكمها قواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين . وسنتولى تفصيل ذلك فيما يلي :

(١) وسنرى إلى أى مدى وحدت قواعد الموارث والوصية ، في تصنيفنا لدراستهما

أولاً : الموارث :

١٦ - الاختصاص التحكيمي للشرائع اللبية وصندوق قانون الموارث :

لم يكن لحاكم الطوائف اختصاص إلزامي بالنسبة لمسائل الموارث ، بل ظل اختصاصها بها تحكيمياً يستلزم اتفاق جميع المتنازعين . وهذا ما يستفاد من نصوص لوائح ترتيب واختصاصات مجالس بعض الطوائف المالية .

من ذلك المادة ١٦ من لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الاقباط الأرثوذكسين الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣^(١) والتي نصت على أن « من وظائف المجلس المذكور أيضاً النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذي صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة ، إنما مسائل الموارث لا تنظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن عليها » . ومن ذلك أيضاً المادة ٢١ من الامر العالي الصادر في أول مارس سنة ١٩٠٢ بشأن الانجلييين الوطنيين^(٢) ، والتي نصت على أن « يختص المجلس العمومي بسماع وفصل جميع المسائل المتعلقة بإدارة الاوقاف الخيرية أو بالأحوال الشخصية التي تقع بين كنائس إنجيلية أو بين انجلييين وطنيين ، وكذلك المسائل المتعلقة بهم فيما يتعلق بهذه المواد . على أن الاختصاص لا يتناول أية مادة من المواد التي لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير انجلييين وطنيين أمام المجلس بصيغة خصوم في الدعوى ، ولا في مسائل الموارث الخالية عن الوصية ، إلا في حالة ما إذا قبل الخصوم التقاضي أمام المجلس المذكور »^(٣)

(١) فيليب جلاذ : القاموس العام للإدارة والقضاء ، الاسكندرية ١٩٠٢ جزء ٥ ص ٢٧٢

(٢) فيليب جلاذ : المرجع السابق ، ص ٤٣٠

(٣) وانظر أيضاً المادة ١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ بشأن الأرمن الأرثوذكس ، وهي مطابقة للمادة ٢١ الخاصة بالانجلييين .

وعلى ذلك فإن الاختصاص فيما يتعلق بالميراث كان أصلاً للمحاكم الشرعية التي كانت تطبق في تلك المسائل أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لجميع المصريين. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الميراث لم يكن له حكم في الديانة المسيحية^(١)، وكانت تركت المسيحيين قسم وفقاً لأحكام القانون الروماني. ومن جهة أخرى فإن مسائل الميراث لا تتصل اتصالاً وثيقاً بالعقيدة الدينية كما هو الشأن في مسائل الزواج والطلاق^(٢).

ولهذا فإن اختصاص الحجة المالية كان لابد فيمن اتفق جميع أولى الشأن على التقاضي أمام تلك الحجة. فإذا لم يحصل الاتفاق بينهم كان الاختصاص للمحاكم الشرعية صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية، والتي كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا هو ما استقر عليه القضاء في مصر^(٣).

(١) ومع ذلك فإن بعض الطوائف - مثل الأقباط الأرثوذكس - قد نظمت أحكام الميراث في مجموعاتها. كما أن اليهود القرائين والربانيين نظموها كذلك أحكام الميراث (انظر ما جاء في شمار الحضرة القرائين، وفي ابن شمعون بالنسبة للربانيين).

(٢) انظر: أحمد صفوت، المرجع السابق، ص ١٥، ١٦. ويقول المؤلف (ص ١٥): « والتبني بين دعوى الميراث وبين سائر دعوى الأحوال الشخصية باسئراط اتفاق الطرفين في الأولى دون الثانية، مبني على أن النوع الثاني من الدعوى - وهو يشل دعوى الزواج والطلاق وما ينجم من أحكام النفقات والمهر والنسب والحضانة - ترتبط بأحكام وعقائد دينية فلا يمكن تحكيم المناضى العرصى فيها، لأنه لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية. وأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المواد تختلف اختلافاً جوهرياً عن أحكام النصارى الدينية والتقليدية في هذه الأمور. فهي دعوى ذات صبغة دينية كما كانت توصف بذلك في مذكرات الباب العالي لدول وفي منشوراته عنها ».

(٣) انظر استئناف مختلط في ٦ يناير سنة ١٩١٠. البتآن ٢٣ ص ٧٧؛ وفي ١١ مايو سنة ١٩١١. البتآن ٣٤ ص ٣١٧؛ وفي ١٠ نوفمبر ١٩١٥. البتآن ٢٨ ص ١٤؛ وفي ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢. البتآن ٣٤ ص ٣٦٣. ومحكمة القاهرة المحلطة في ١٢ يناير سنة ١٩٢٧. الجازيت ص ١٨ ص ٢٣ رقم ٣٩.

ولما صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ منظمًا أحكام الموارث أصبحت هذه الأحكام واحدة بالنسبة لجميع المصريين على اختلاف دياناتهم ، وهذه الأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية . على أنه في الأحوال التي لا يوجد لها حكم فيها تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبي حنيفة طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١^(١) . ولكن إذا كانت القواعد قد وُجدت في هذا الشأن بالنسبة للجميع ، إلا أنه يجوز للورثة الذين يعتبرون كذلك في نظر الشريعة الإسلامية ، أن يتفقوا على تقسيم الإرث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى . على أن اتفاق الورثة جميعاً على تقسيم الإرث وفقاً لشريعة المتوفى يعتبر من الأمور النادرة ، مما يجعل مثل هذه الممكنة نظرية بحتة . وإذا كان لدوى الشأن قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء جهات القضاء الملى أن يستعملوا هذه الممكنة ، ويتفقوا على الاحتكام إلى جهة القضاء الملى الخاصة بهم ، كما يتفقوا على تقسيم الإرث وفقاً لشريعة المتوفى ، فهل من المتصور الآن ، بعد إلغاء جهات القضاء الملى ، أن يتفقوا على تقسيم الإرث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى أمام المحكمة المختصة ؟

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قوانين الموارث والوصية ، وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هي قانون البلد فيما يتعلق

= وانظر أيضاً استئناف اهلى ق ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة س ٨ رقم ٥٥٢ س ٩١٤ .
وأيضاً نقض فى ٢٠ مايو ١٩٣٥ ، بمجموعة النوادر القانونية ، محمود عمر ، جزء ١ رقم ٢٢٢ س ٨٠٨ ، وكذلك نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، المحاماة س ٢٥ رقم ٣٧ س ٧١ ومجموعة عمر ، جزء رابع ، رقم ٣٧ س ٧٤ وما بعدها .

وانظر التطبيق على الحكم الأخير ، للدكتور حسن بشادى فى مجله الحقوق ، السنة الأولى س ٦١٣ وما بعدها .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

بالمواريث والوصايا . على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى » . وحكم هذا القانون الأخير يظل قائماً حتى بعد صدور القانون المدنى سنة ١٩٤٨ على ما سئى فيما يلى . وعلى ذلك فإنه يكون للورثة طبقاً للشريعة الاسلامية الحق فى الاتفاق على تقسيم التركة طبقاً لشريعة المتوفى .

١٧ - شروط الاحتكام الى شريعة غير المسلمين فيما يتعلق بالمواريث :

على أن الاختصاص التحكيى لشريعة غير المسلمين فى هذه الحالة لا يتقند إلا إذا توافرت شروط معينة :

١ - فيلزم أن يكون ذوو الشأن معتبرين ورثة فى نظر الشريعة الاسلامية . أى يلزم أن يكونوا أشخاصاً تعطيم الشريعة الاسلامية الحق فى الميراث . فالشريعة الاسلامية هى التى تحدد صفة الورثة فى تركلات غير المسلمين من المصريين ، وليست شرائعهم الدينية . وبمعنى آخر ، يلزم أن يحصل الاتفاق بين الورثة « الذين تعترف الشريعة بورائهم »^(١) ، ويتراضوا على أن يجرى التقسيم وفقاً لشريعة المتوفى .

٢ - ويلزم ثانياً أن يتفق هؤلاء الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية على تقسيم الارث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى ، فإذا لم يحصل مثل هذا الاتفاق فإن الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق باعتبارها صاحبة الولاية العامة . ولا بد لتطبيق الشريعة المالية فى هذه الحالة أن يتفق الورثة جميعاً على تطبيقها ، بمعنى أنه لا بد أن يتفقوا على أن القانون الملى هو الذى يطبق دون الشريعة الاسلامية ،

(١) كما تقول محكمة النقض فى حكمها بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (طنن رقم ٩ سنة ٤ق) مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر ، الجزء الأول ، رقم ٢٧٢ ص ٨٠٨ .
وانظر أيضاً : عبد المنعم رياض : مبادئ القانون الدولى الخاص ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٨ ص ٤١٧ والأحكام المشار إليها فى الخامس رقم ٢ من الصنفعة المذكورة .

ولا يكفي في ذلك أن يترافوا إلى دائرة الأحوال الشخصية لتغير المسلمين . كما يلزم أن يكون هؤلاء الورثة أهلاً للتصرف في حقوقهم .

وقد أقرت محكمة النقض هذا المعنى في حكم لها قبل إلغاء المجالس المالية إذ تقول^(١) : « وحيث إن القاعدة الأساسية في موارث المصريين غير المسلمين أنها تجري وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ما لم يتفق الورثة الذين تعترف هذه الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الاقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه ، وهي التي أشارت لمسألة الموارث ، لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة ، متى قبل كل الورثة اختصاصها . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك فيعمل باتفاقهم الذي هم أحرار فيه ، ما داموا يكونون أهلاً للتصرف في حقوقهم » .

ففي ظل الوضع السابق على إلغاء المحاكم المالية كان لا بد من الاتفاق على تطبيق الشريعة المالية أمام تلك المحاكم ، فإذا لم ينصب اتفاق الورثة إلا على الاختصاص القضائي فقط ، فإن الاختصاص التشريعي يظل خاضعاً للقانون العام ، وهو الشريعة الإسلامية .

وعلى ذلك فلا يكفي في ظل الوضع الحالي أن يترافع الخصوم إلى دائرة الأحوال الشخصية لتغير المسلمين حتى تطبق الشريعة المالية ، بل لا بد أن يتم اتفاق الورثة صراحة على أن يكون التقسيم طبقاً للشريعة المالية .

(١) الحكم المشار إليه في الهامش السابق .

٣- وإذا كان من اللازم أن يتفق الورثة الذين تعتبرهم الشريعة الإسلامية كذلك على تقسيم الارث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى ، فهل يلزم أن يكون تطبيق شريعة المتوفى في هذه الحالة خاضعاً للشروط العامة في تطبيق الشرائع الدينية لغير المسلمين أمام المحاكم الآن ؟ وبمعنى آخر هل يلزم لتطبيق شريعة المتوفى في هذه الحالة أن تتوافر الشروط التي نصت عليها المادة ٦ من القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ في فقرتها الثانية والتي تقضى بأن تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم .

لقد جرى الفقه والقضاء فيما مضى ، قبل صدور القانون رقم ٤٦٣ على استلزام الشرطين الأولين ، أى تحديد صفة الورثة طبقاً للشريعة الإسلامية واتفاقهم على القسمة طبقاً لشريعة المتوفى ، وإن كانوا قد استزموا كذلك اتحاد الملة بين الورثة طبقاً للشريعة الإسلامية حتى يمكن احتسابهم إلى مجالسهم المالية^(١) وفي حكم أصدرته المحاكم المختلطة نراها تقرر أن القضاء مستقر على أن المنازعات المتعلقة بالميراث تخص بها محاكم البطيركات بشرطين : شرط أول : أن يكون الورثة من المصريين التابعين لنفس الطائفة الدينية التي يطرح أمامها النزاع . وشرط ثان : هو قبولهم لاختصاص البطيركية^(٢)

-
- (١) انظر : عبد المنعم رياض : المرجع السابق ؛ فقرة ٤٦٣ ص ٤١٣ ، وكذلك فقرة ٤٦٧ ص ٤١٦ ، وحامد زكي : المرجع السابق فقرة ١٦٤ ص ١٥٩ .
(٢) محكمة القاهرة المختلطة ، في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ ، الجازيت ، ص ١٨ ص ٢٣ رقم ٢٩ ، وقد جاء في هذا الحكم :

D'après une juridiction constante, les contestations relatives aux successions "ab intestat" relèvent des juridictions patriarcales à double condition :

(1) que les héritiers soient tous sujets locaux et appartiennent à la même communauté religieuse à laquelle le différend est soumis.

(2) qu'ils acceptent la compétence patriarcale.

ولما صدر القانون ٤٦٢ نص صراحة في المادة ٦ على أن تطبيق الشرائع الدينية مقيد بتوافر الشروط التي نصت عليها هذه المادة والتي سنعرض لها بالتفصيل فيما بعد . وهذه الشروط التي أوردتها المادة ٦ شروط عامة يلزم توافرها في كل حالة تلجأ فيها المحاكم إلى تطبيق الشرائع الدينية ، حتى في حالة احتكام المتنازعين إليها ، ولا يوجد ما يبرر عدم توافر تلك الشروط في حالة اتفاق الورثة على تقسيم الميراث طبقاً لشرعية المتوفى . وعلى ذلك يلزم في هذه الحالة ، وطبقاً لما قضت به المادة ٦ ققرة ٢ ، أن يتحد الخصوم في العاقبة والملة ، وأن تكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ ، وأن تصدر الأحكام - طبقاً لشرعيتهم - في حدود النظام العام ^(١) .

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإنه لا يمكن تطبيق شرعية المتوفى ، حتى ولو اتفق الورثة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية على طلب تطبيقها ، أي حتى ولو توافر الشرطان الأول والثاني للاحتكام إلى الشريعة الملية .

هذا وقد اتفقد البعض ^(٢) ما ذهبنا إليه من ضرورة توافر الشروط التي نصت عليها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ في صدد الاحتكام إلى الشريعة الدينية

(١) قارن مدى تحليل النظام العام لبعض أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الميراث : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، جزء ٢ ، ققرة ١١٢ ص ٢٥٠ وما بعدها . وانظر في تعلق أحكام الميراث بالنظام العام وعلان ما يضاف إليها من إلتفاتات ، حكم محكمة النقض في ١٤ يونيو ١٩٣٤ ، طعن رقم ٢ سنة ٤ ق (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٢٩ ، ٤٠) . على أن يراعى في ذلك ما يبيحه القانون من إمكان أن يتم تقسيم التركة بين غير المسلمين طبقاً لشرعية المتوفى ، طالما سلمنا ببقاء حكم هذا القانون حتى الآن .

(٢) احمد سلامة : الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، الطبعة الثانية بند ٢٨

للسودث ، ورأوا الاكتفاء بما أوردناه ضمن الشرطين الاولين السابقين
بينهما للاحكام إلى شريعة المورث .

ويستند هذا الرأي إلى أن المادة ٦ سالفه الذكر لا تجابه الحالة التي نحن
بصددها ، كما أن شرط اتحاد الطائفة والملة لم يكن متطلبا من قبل ، فلم يكن
الفقه والقضاء قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يستلزم الاتحاد في الملة أو
الطائفة ، وأن شرط النظام العام غير لازم كذلك في هذا الصدد .

وهو يود أن ينتهي إلى أن اشتراط ما جاءت به المادة ٦ من القانون ٤٦٢
غير لازم في هذا الصدد ، وأنه يكفي اجماع الورثة على تقسيم التركة وفق
شريعة التوفى ، وأن هذا هو الشرط الوحيد الذي تطلبه المشرع .

ومع ذلك فانا لا نرى هذا الرأي ؛ ونرى أنه يلزم لتطبيق شريعة غير
المسلمين في مسألة من مسائل الميراث ، أن تتوافر الشروط التي جاءت بها المادة
٦ من القانون ٤٦٢ كما ذهبنا من قبل . ونعرض فيما يلي للرد على هذا النقد .

١ - لا جدال في أننا نعلم ببقاء فكرة الاحتكام في الميراث إلى الشريعة
الملية ^(١) . وقد وضعت بعض الطوائف المسيحية ، كما وضع اليهود الرابانيون
والقراؤون قواعد تنظم مسائل الميراث . وعلى ذلك فانه يوجد إلى جانب
قواعد الشريعة الاسلامية في الميراث ، والتي نظمت بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ،
قواعد أخرى في شرائع غير المسلمين ، مع فارق جوهري في هذا الصدد هو أنه
قد صدر بالنسبة لأحكام الشريعة الاسلامية تنظيم تشريعي خلافا للشرائع
الآخرى ، ومع هذا قد يتاح للقواعد الأخيرة فرصة التطبيق متى توافرت
شروط الاحتكام إليها ، إذ أن النص الذي يبيح ذلك ، وهو نص المادة الأولى
من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، لازال قائما . وإذا ما أعلنت أحكام الموارث في
شريعة من شرائع غير المسلمين ، عادت الى مسائل الموارث صفتها الأصلية

(١) ويوافق الدكتور احمد سلامة على هذا الاتجاه ، المرجع السابق ص ٥٩ .

وصارت بذلك من مسائل الأحوال الشخصية . فما لا شك فيه ، ولا ينكره أحد ، أن الموارث بحسب أصل وضعها في النظام القانوني المصري تعتبر من الأحوال الشخصية ، ولكنها لما نظمت بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ خرجت من نطاق مسائل الأحوال الشخصية لأنها وحدث بالنسبة للجميع ، اللهم الا في الصورة التي يمكن فيها إعمال قواعد أخرى خاصة بغير المسلمين ، ففي هذه الحالة تعتبر - في حدود هذه الصورة - أنها لازالت في نطاق الأحوال الشخصية .

واذا ما سلمنا بأن الموارث في هذه الحالة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية ، فإنها تصير كالزواج وما يتصل به من المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية ، وتبعاً لذلك يتعين خضوعها للشروط التي جاءت بها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ ، مع مراعاة ما نص عليه المشرع من ضرورة اتفاق الورثة المعتبرين كذلك في نظر الشريعة الاسلامية ، على أن يتم التقسيم طبقاً لشريعة المتوفى .

ومن هذا يتضح لنا أنه لا مجال للفرقة بين الموارث وبين غيرها من مسائل الأحوال الشخصية ، وخاصة في الصورة التي يتفق فيها على إعمال قواعد الاحوال الشخصية ، حيث لا نكون بصدد تطبيق القواعد الموحدة في الموارث ، والتي تسرى على جميع المواطنين ، وتبعاً لذلك لا نجد مجالاً للقول بأن المادة ٦ « لا تجابه » هذه الحالة ، وانما هي « تجابه حالة توزيع ولاية الشريعة الاسلامية وولاية الشرائع الخاصة لغير المسلمين في الأحوال التي لا يشترط فيها - ولا يجدى في نفس الوقت اتفاق ذوى الشأن على استبعاد واحدة منها أو على تطبيقها... »^(١) ، اذ الواقع أن المادة ٦ سالفة الذكر تجابه كل حالة يراد منها إعمال شريعة غير

(١) كما يقول أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٥٧

المسلمين في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت الموارث بحسب وضعها من الأحوال الشخصية ، وأن صدور قانون بشأنها لم يقض - طبقاً للرأى الذى رجحناه - على تعدد القواعد الواجبة التطبيق ، حيث تتاح الفرصة لتطبيق شرائع غير المسلمين ، فانه يجب تطبيق الشروط التى أوردتها هذه المادة بشأن الموارث فى هذه الخصوصية ، باعتبارها داخل نطاق الأحوال الشخصية فى هذا المجال قطعاً ، مجال الاحتكام الى الشرائع المالية .

هذا هو الأساس العام الذى نستند اليه فى الرد على الرأى السابق ، ومع ذلك فاننا نرى أن تعرض بالتفصيل للرد على بعض الأمور التى أثبتت فى هذا الصدد .

فقد استند صاحب الرأى الذى نعرض له إلى الوضع السابق على القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ باعتبار أنه كان يكفى أن يتفق الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية على الاحتكام إلى الشريعة المالية المورث دون استلزام اتحاد الطائفة والملة . والواقع أنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الوضع ، إذ لم يكن هناك نص تشريعى يضع شروطاً لتطبيق شريعة غير المسلمين التى ستطبقها الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع . وإذا كان المشرع قد نص فى المادة ٦ من القانون ٤٦٢ على ضرورة توافر شروط معينة لتطبيق شريعة غير المسلمين صفة عامة أمام القضاء ، فإن ذلك يكون فى جميع الحالات « بالنسبة للنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة .. » كما جاء بنص المادة ٦ سالف الذكر ، ما دنا قد سلمنا أن الموارث تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فى الصورة التى نحن بصدددها .

ومن ناحية أخرى فقد قيل إن « إجازة اتفاق الورثة غير المسلمين على تقسيم التركة وفق شريعتهم يجب ألا يفهم منه أنه يسمح بأن يوجد فى مصر

أكثر من قانون يحكم الموارث ، بل كل ما في الأمر أن تطبيق شريعتهم يؤدي إلى تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الإسلامية ممثلة في القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ . وبعبارة أخرى ، فإن هذا الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة هو في حقيقة الأمر اتفاق على تقسيم التركة بعد ثبوت الحق فيها . ومثل هذا الاتفاق جائز حتى بالنسبة للمسلمين .. »

والواقع أننا نسلم بأنه لا يوجد أكثر من قانون (بمعنى تشريع) يحكم الموارث وهو القانون ٧٧ سالف الذكر ، إلا أنه إلى جانب ذلك توجد القواعد الخاصة بنظر المسلمين ، والتي يمكن إعطاؤها في الحالات التي يتم فيها الاحتكام إلى الشريعة الدينية لنظر المسلمين ، فهناك قواعد غير المسلمين ، في حالة الاحتكام إليها بالنسبة لتقسيم التركة طبقاً لشريعة المتوفى . وتطبيق هذه القواعد قد يؤدي إلى « تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الإسلامية ... » . ولا يقال إن هذا يتعارض مع النظام العام^(١) . ومن جهة أخرى فإن القول بأن الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة « هو في حقيقته اتفاق على تقسيم التركة بعد ثبوت الحق فيها » قد يؤدي إلى الفهم بأن التوزيع يتم بإرادة الأفراد ، مع أن التوزيع يتم طبقاً لشريعة المتوفى . وهذا يجب ألا يختلط بالتخارج ، كما يجب ألا يختلط أيضاً بالاتفاق بعد ثبوت صفة الشخص كوارث وتعيين نصيبه كذلك طبقاً لقواعد الميراث ، إذ أنه إذا ما ثبتت للشخص صفته ، وتحدد نصيبه ، أمكن الاتفاق بعد ذلك على التصرف في النصيب ، لأنه تصرف في الملك ، على ما سنرى فيما يلي : ولا يمكن التسليم بأن الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة يشبه هذه الحالة^(٢) .

(١) كما يقول الدكتور أحمد سلامة « السابق ص ٨٥ » . وهو هنا يتعرف بإمكان « تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الإسلامية » . ونعود إلى هذا في المثل حالاً .
(٢) وما يبين هذا الفارق أنه قد يحصل أن يتفق الودعة على إعصال شريعة المتوفى دون أن يرغبوا ما تخوله هذه الشريعة لكل وارث من نصيب ، وذلك فقط لمجرد عدم تطبيق الشريعة الإسلامية عليهم .

فالحقيقة أن الاتفاق هنا بين غير المسلمين يكون بقصد الاحكام إلى الشريعة المالية ، وهذه الشريعة هي التي تفصل في تحديد الأنصبة ، وليست إرادة الأفراد هي التي تحددها . فدور الإرادة يقتصر على الاتفاق على أن « يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى » ، كما نصت المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ . والنصيب الذي يؤول إلى الشخص لا يؤول إليه عن طريق الاتفاق مباشرة ، وإنما عن « طريق الميراث » كما يعترف صاحب الرأي نفسه . وأخيراً يأتي شرط النظام العام . وقد انتقده صاحب الرأي الذي نحن بصدده كذلك . ويقول في هذا الصدد « إن النصيب الذي تحدده الشريعة الإسلامية لكل وارث يعتبر من النظام العام ، حسب الرأي الغالب ، فإذا نحن طلبنا عدم مخالفة حكم شريعة المتوفى للنظام العام لما أمكن قط انطباق هذه الشريعة ، لأن أحكامها في جميع الأحوال تخالف النظام العام ، إذ الفرض أن طلب الورثة منصب على إعادة التوزيع وإعادة التوزيع معناه تغيير الأنصبة التي حددتها الشريعة الإسلامية ! » (١) .

ونحن لا ننكر أن النصب الذي تحدده الشريعة الإسلامية يعتبر من النظام العام ، ولكن هذا يستلزم أن تكون هذه الشريعة هي الواجبة التطبيق ، سواء بالنسبة للمسلمين أم بالنسبة لغير المسلمين . فإذا لم تكن هذه الشريعة هي الواجبة التطبيق لا تثار فكرة النظام العام . فليس المقصود بالنظام العام أحكام الشريعة الإسلامية ، أو حتى قانون الموارث ، وذلك بطبيعة الحال في الحدود التي يباح فيها الاحتكام إلى الشريعة المالية . فالمرجع نفسه قد أباح ، بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، الخروج على أحكام التقسيم طبقاً للشريعة الإسلامية ، وبالتالي قد يتغير التقسيم الثابت بحكم

(١) أحمد سلامة ، السابق ص ٥٨ .

الشريعة^(١) ، ولا يعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام . ولهذا فان النتائج التي وصلنا إليها - كما سنرى فيما يلي - من إمكان حصول غير المسلمين على أنصبة مفايرة لما كانوا يحصلون عليها طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، لا تعتبر مخالفة للنظام العام^(٢) .

هذه هي الأسانيد التي رأينا أن نعرض لها بصفة عامة ردّاً على النقد السابق دون أن نعرض لتفصيلات أكثر ، مكتفين في الرد على كل ما قد يثار في هذا الصدد بما قلناه في البداية من أن الموارث لا زالت تمتد من مسائل الأحوال الشخصية في الحدود التي تعمل فيها شريعة غير المسلمين ، وبالتالي يسرى عليها نص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وما أورده من شروط^(٣) .

ومع ذلك فالتا ينبغي أن نراعى أن في الأخذ بالاتجاه الذي نراه ما يتمشى مع الحد من تعدد القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية ، إذ يؤدي إلى الاقلال من فرصة تطبيق شرائع غير المسلمين في هذا الصدد ، وإفساح المجال لتطبيق قانون الموارث . ولو أن المشرع قد ألغى نص المادة الأولى من

(١) وهو ما يقره صاحب هذا الرأي في موضع آخر ، ص ٥٤ من المرجع نفسه .
(٢) وعلى ذلك فان الاعتراض على أننا لم نطبق هذا الشرط ، لا عمل له ، كما فهم صاحب الرأي السابق ، انظر هامش ٢ ص ٥٨ من المرجع نفسه . ذلك أن التقسيم الذي يتم طبقاً لشريعة غير المسلمين يبيحه القانون بنص المادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ سابق الذكر ، الذي يبيع الاحتكام إليها . ولا يمكن القول بأن ما يبيحه القانون هنا يتعارض مع النظام العام ، ولو خالف أحكام قانون الموارث نفسه من حيث التقسيم ، الهام إلا إذا خالف هذا التقسيم الذي يتم طبقاً لشريعة غير المسلمين النظام العام بالمعنى العام الذي ينصرف إليه هذا الشرط ، لا على أن النظام العام هو قواعد الشريعة الإسلامية أو قانون الموارث بالنسبة لتقسيم الميراث .

(٣) هذا وقد أيد البعض رأينا في هذا الصدد ، انظر الدكتور عبدودود يحيى ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ١٩٦٠ ص ٢٧ - ٢٨

القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الذى يبيع الاحتكام إلى شريعة غير المسلمين بصورة صريحة، لجلبنا كل الخلافات السابقة، ولجعلنا نطبق قانون الوارث على جميع المواطنين بصفة عامة مطلقة، ونأمل أن يتنبه المشرع إلى هذا وهو بسبيل تعديل شامل فى القوانين، حتى لا يدع مجالاً للخلاف فى هذا الصدد.

١٨ - بقاء فكرة الاحتكام إلى الشرائع الدينية إلى جانب الأحكام العامة فى التوريث: على أننا إذا كنا نستزم توافر الشروط السابقة حتى يمكن الالتجاء إلى تطبيق شريعة غير المسلمين بالنسبة إلى تقسيم الارث فيما بينهم، فإن مفهوم ذلك أنه يوجد نوعان من القواعد التى تحكم مسائل الميراث فى مصر. فهناك قواعد عامة تسرى على الجميع، وهى مستمدة من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عليه الفتوى من مذهب أبى حنيفة، علا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى توجب العمل بأرجح الآراء من مذهب أبى حنيفة فى غير ما لم ينص عليه القانون، وهناك قواعد أخرى خاصة بغير المسلمين يمكن تطبيقها إذا توافرت الشروط السابقة، وذلك فى حالة اتفاق الورثة طبقاً للشريعة الإسلامية على الاحتكام إلى الشريعة الدينية الخاصة. ولنا أن تسامح الآن إذن عن مدى إعمال تلك القواعد الأخيرة؟

قد يقال إن الاحتكام إلى الشريعة الدينية للمتوفى لا يخرج عن أن يكون اتفاقاً بين الورثة على توزيع التركة بعد ثبوت الحق فيها طبقاً للشريعة الإسلامية وأن هذا الأمر شبيه بحالة التخارج؛ وإذا كان من الجائز التخارج، فلماذا لا يقبل تحكم الشريعة المالية إذا تراضى بذلك جميع الورثة طبقاً للشريعة الإسلامية؟ ألا يعد هذا التحكم نوعاً من التخارج؟^(١)

(١) أنظر : الدكتور أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة ١

نبادر بالقول انه لا يمكن القياس على التخرج في هذه الحالة . وليان ذلك يجب علينا أولاً أن نعرف ماذا يقصد بالتخرج . فالتخرج كما نصت عليه المادة ٤٨ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ « هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فاذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، واذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالتسوية بينهم » . فالتخرج كما هو واضح من نص المادة ٤٨ يكون بعد ما ثبت لكل شخص نصيبه في الميراث (النصف ، أو الربع . .) ، وبعد أن ثبت استحقاق الوارث لنصيبه على الوجه السابق يتفق مع وارث آخر أو مع باقي الورثة على الخروج من التركة وترك نصيبه في الميراث في مقابل معين يتفق عليه ^(١) .

واذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للتخرج فإنا لا نخرج عن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في الميراث ، فهناك شخص تحددت صفته كوارث طبقاً لهذه الشريعة وثبت له نصيب في التركة طبقاً لهذه الشريعة أيضاً ، ثم بعد هذا تنازل عن نصيبه في مقابل معين ، لكي يخرج من حالة الشيع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فتواعد الميراث في الشريعة طبقت بكاملها سواء من حيث تحديد صفة الشخص كوارث أو من حيث النصيب الذي ينبغي الحصول عليه . وكل ما حصل هو أن أحد الورثة تصرف في نصيبه بعد أن ثبت له الحق فيه ، وهو

(١) وهذا ما جعل المحاكم تطبق عليه أحكام التبن إذا كان هناك عدم تعادل بين نصيب الوارث وبين ما حصل عليه من ثمن في مقابل نصيبه . انظر محكمة الاسكندرية المختلطة في ١٦ أبريل ١٩٢١ ، الجازيت س ١١ ص ١٨٣ رقم ٢٥٩ .

يستطيع هذا طبقاً للقواعد العامة كذلك ^(١) .

ولا نعتقد أن هذا هو الشأن في حالة اتفاق الورثة على تقسيم الإرث طبقاً لشرعة المتوفى ، أى في حالة الاحتكام الى الشريعة الدينية ، بل ان الذى يفهم من عبارة نص المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ بقولها إنه يجوز للورثة أن يتفقوا « على أن يكون التوريث طبقاً لشرعة المتوفى » أن المقصود هو توزيع الأنصبة بين الورثة ، فهو الذى ينبغى أن يتم طبقاً لشرعة المتوفى . طالما أن صفة الشخص كوارث ثبت له طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية .

وعلى ذلك اذا ما ثبتت صفة الورثة طبقاً للشرعة الاسلامية ، انتهت المرحلة الأولى ، وبقيت بعد ذلك المرحلة الثانية ، وهى مرحلة تحديد النصيب الذى سيحصل عليه الوارث الذى ثبت له هذه الصفة . وهذا التحديد هو الذى يتم طبقاً لشرعة المتوفى ، وقد يكون هذا التحديد مفايراً للشرعة الاسلامية من حيث المقدار ^(٢) .

وهذه الحالة ، أى حالة اتفاق الورثة على أن يكون التوريث طبقاً لشرعة المتوفى ، تختلف عن حالة التخارج . ففي التخارج ثبت للشخص صفته كوارث وثبت له كذلك النصيب الذى ينبغى أن يحصل عليه من التركة ، كل هذا طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، ثم بعد ذلك يتنازل الوارث أو يتصالح على أن يخرج نظير شيء معلوم فى مقابل ما كان ينبغى أن يحصل عليه . أما فى حالة الاتفاق على توزيع التركة طبقاً لشرعة المتوفى ، فإن الشخص ثبت له

(١) وعقد التخارج فى هذه الحالة ، كباقي العقود الأخرى ، يجوز الطعن فيه على أساس الغلط أو التدليس ؛ انظر حكماً صادراً من المحاكم المختلطة فى هذا المبنى بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٢٢ البتآن س ٣٤ ص ٢٦١ والجزايت س ١٢ ص ٢٨ رقم ٤١ .
وإذا كان المخرج قد نس على التخارج فإن النس قد اتجه إلى تنظيم علاقة التخارج مع غيره .
(٢) ولا يعد هذا مخالفاً للنظام العام ، كما قدمنا .

حفته كوارث طبقاً للشريعة الاسلامية ، وثبت له نصيبه في التركة طبقاً للشريعة الدينية للمتوفى .

وهذا ما دعا المشرع إلى الحرص على النص دائماً على أن للورثة أن يتفقوا على توزيع التركة طبقاً لشريعة المتوفى وإلا لو كانت الشريعة الاسلامية هي التي تحدد صفة الشخص كوارث ونصيبه في التركة ثم بعد ذلك يتفق الورثة على التوزيع طبقاً للشريعة الدينية للمتوفى ، لما كان المشرع بحاجة إلى النص على الاتفاق على تحكيم الشريعة الدينية ، لأن الاتفاق يكون ممكناً في كل الحالات طبقاً للقواعد العامة التي تخول الشخص التصرف في ملكه بعد أن يثبت له الحق فيه ، وتبعاً لذلك يكون النص الخاص بتحكيم الشريعة الدينية لنفاً ، مع أن فيما قول به إعمال له ، وإعمال النص خير من إهماله ^(١) .

وبذلك تبدو لنا أهمية الاحتكام إلى الشريعة الدينية للمتوفى ، إذ قد ينحصر الورثة على أنصبة مغايرة لما كانوا سيحصلون عليه لو تم التوريث طبقاً للشريعة الاسلامية . ومن ذلك مثلاً حالة ماذا انحصر الميراث في ابن وبنت ، فطبقاً للشريعة الاسلامية ثبت لكل منهما صفة الوارث ، وإذا تم التوزيع طبقاً لأحكام هذه الشريعة كان للولد ضعف نصيب البنت ، لكن إذا اتفقا على الاحتكام إلى شريعتهم الدينية ، فقد ينال كل منهما نصف التركة بالتساوي بين الابن

(١) ولا يقاس على هذا حالة التخارج . لأن نسي التخارج كما قدمنا بنظم هذه الحقائق الوكيفية حلول باق الورثة أو أحدهم محل من خرج من التركة . يضاف إلى ذلك أنه لو كان الاتفاق على تقسيم التركة طبقاً لشريعة التوفى والتخارج شيئاً واحداً ، لما كان المشرع بحاجة إلى النص في القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على الاتفاق على الاحتكام إلى الشريعة الدينية لأن القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الذي نظم التخارج في المادة ٤٨ منه كان قائماً وقت صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ وكان في وجوده ما يبنى المشرع عن إعادة تنظيم المسألة نفسها بنس جديد .

والبنت (كما هو الحال في شريعة الأقباط الأرثوذكس)^(١) .

بقا فكرة الاحتكام الى الشريعة الدينية حتى بعد صدور القانون المدني :

وإذا اتبينا إلى أنه بالنسبة لمسائل الميراث في مصر توجد قواعد عامة تطبق على موارث جميع المصريين ، وأنه يمكن كذلك ، وعلى وجه الاستثناء ، تطبيق الشريعة الدينية للمتوفى إذا توافرت شروط الاحتكام إليها ، فإننا نتفق بذلك مع الرأي الذي ينادى بالبقاء على النص الخاص بمسألة الاحتكام إلى الشريعة الدينية الوارد بالمادة الأولى من القانون ٢٥ سنة ١٩٤٤ ، حتى بعد صدور القانون المدني .

ذلك أنه لما صدر القانون المدني في سنة ١٩٤٨ ونص في المادة ١/٨٧٥ منه على أن « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة ، تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة في شأنها » ، رأى البعض^(٢) أن هذا النص (وكذلك نص المادة ٩١٥ على ما سئرى عند

(١) وقد تحدد صفة الوارث طبقا للشريعة الإسلامية ، كما في المثال المذكور ، ولكن إذا رجعنا إلى الشريعة الدينية رأينا مثلا أنها تورث الابن فقط دون البنت ، كما في الشريعة اليهودية ، والغالب في مثل تلك الحالات ألا يتفق الورثة على تطبيق شريعتهم الدينية ، فتطبق الشريعة الإسلامية . وهذا ما يجعل الاحتكام إلى الشرائع الدينية أمرا نادرا .

(٢) انظر الدكتور عبد المنعم الشرفاوى ، شرح المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٣١ ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ١٩٥٠ فقرة ٣٨ ، الدكتور محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨٥ وفترة ٢٩٦ (وقد أشير إليهم في ص ٣٣٨ من مؤلف الدكتور حسن كبرى في أصول القانون ، الطبعة الثانية ١٩٥٨) ، وانظر أيضا : الدكتور رمزي سيف : الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، الطبعة الأولى ١٩٥٧ فقرة ٧٠ ص ١٢٥ . ومن أنصار هذا الرأي كذلك الدكتور جميل الشرنابى ، في مؤلفه : الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول في شرائع الوثنيين ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ١٢ وانظر نقده لما ذهبنا إليه يهاشم ص ١٣ . وهو يشهد على ما أخذت به المفكرة الإيضاحية في هذا الصدد .

كلامنا عن الوصية فيما يلي) ، قد نسخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ والذي يجعل للشرائع الدينية لغير المسلمين ولاية تحكيمية في مسائل الميراث والوصية . وقد أيدوا رأيهم بما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث قيل إن الشريعة الاسلامية والتقنيات المستمدة منها هي التي تنطبق على موارث المصريين جميعاً ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق .

إلا أن هذا رأى قد انتقد . فطبقاً لقواعد الانفاء ، يعتبر الحكم الذى أوردته المادة ٨٧٥/١ حكماً علماً ، والحكم الوارد فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حكماً خاصاً ، والمعروف أن الحكم العام لا ينسخ الحكم الخاص . وعلى ذلك تظل أحكام القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ فى شأن الاحتكام الى الشرائع الدينية لغير المسلمين قائمة رغم نص المادة ٨٧٥ من القانون المدنى .

والواقع أن الحكم الذى أوردته المادة ٨٧٥ إنما هو حكم عام قصد به الإحالة الى الشريعة العامة أو الغالبة وهي الشريعة الاسلامية ، فى بلد تعدد فيه الشرائع وتزاحم فيما بينها ، فلتزاحم قوانين الملة ولصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق فى مسائل التنازع الداخلى ، اعتبر المشرع الشريعة الاسلامية قانوناً غالباً فى مصر بين مختلف الشرائع التى يتألف منها النظام المركب ^(١) .

وقد حرص المشرع فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٥ على أن يشير الى تطبيق الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها بالنسبة لمسائل الميراث (والوصية) ما لم يرد فيها نص خاص ^(٢) . ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة

(١) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ، فقرة ٢٢٧ ص ٢٩٠ ، حسن بغدادى : مجلة الحقوق السنة الأولى ، ص ٦١٣ وما بعدها .

(٢) أنظر المادة ١٣٠٧ من المشروع التمهيدى ، الأعمال التحضيرية جزء ٦ ص ٢٠٥

ولم تشر المذكرة الإيضاحية الى سبب حذفه ، إلا أن من المفهوم أن مثل ذلك القيد من المبادئ المسلمة وأنه لم يكن هناك داع للنص عليه ، إذ من المعلوم أن الحكم العام (الوارد في المادة ٨٧٥) لا يمكن أن يلغى الحكم الخاص (الوارد في القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وأن الحكم الخاص يطبق الى جانب الحكم العام باعتباره استثناء وارداً عليه ^(١) .

ولا عبرة بما جاء في المذكرة الإيضاحية من أن قانون الملة لغير المسلمين لا ينطبق « حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق » ، لأن المذكرة الإيضاحية ليست لها صفة إلزامية أمام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها ، طبقاً لقواعد العامة في التفسير ^(٢)

١٩ - الملحق دعوى النسب بالميراث : ويتصل بدراسة المسائل المتعلقة بالميراث مسألة هامة تثار حولها الخلاف ، وهي مسألة ثبوت النسب إذا ما فرغت عن دعوى الارث ، ومدى اختصاص الشريعة الدينية لغير المسلمين بالفصل فيها . ولا جدال في أن مسألة النسب تعتبر من الاحوال الشخصية كما جاء في المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ^(٣) . فاذا ما رفعت دعوى النسب مستقلة ، كما :

(١) انظر في هذا : حسن كيرة : أصول القانون ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ ، بالهاش وكذلك ص ٤٠٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٢٩ بالهاش ، أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ وقد رأى البعض أنه يمكن حل ما جاء في المذكرة الإيضاحية من عدم جواز الاتفاق على تحكيم شرعية التولى إلى ما يتعلق بالنظام العام من قواعد الميراث والوصية (حلي طرس ، المرجع السابق ص ٢٩) ، وهذا مفهوم طبيعة الحال من الشروط التي استلزمناها فيما سبق . فنطبق الشريعة الدينية لنهر المسلمين على موارثهم .

(٣) انظر أيضاً : استئناف مصر الأهلية في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٨ ، المحاماة ص ٨ رقم ٥٥٢ ص ٩١٤ : استئناف غنطلي في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ ، الباتان ، ص ٣٤٤ ص ٣١٧ وقد جاء في الحكم الأول أنه « يجب التفرقة بين دعوى النسب ودعوى الإرث . فالأول =

إذا رفعت حال حياة المورث ، طبقت في شأنها الشريعة المالية لغير المسلمين ، إذا ما توافرت شروط تطبيق تلك الشريعة ، على ما سنفصله فيما بعد ^(١) .
ولكن ثار الخلاف بين المحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة ، فيما مضى ، بالنسبة لدعوى النسب إذ ما قرعت عن دعوى إرث في تركت غير المسلمين ^(٢) . وقد تعرضت محكمة النقض ^(٣) لهذا الموضوع ورجحت اختصاص المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، قررت أنه :

« مما لا نزاع فيه أن دعاوى الإرث ، بالنسبة لغير المسلمين من المصريين أو من في حكمهم ، من اختصاص القضاء الشرعي ، يجري فيها على وفق أحكام الشريعة الإسلامية . ولكن إذا اتفق المتنازحون في الميراث على أن مجلسهم الملى يفصل في النزاع بينهم ، فإن الخصومة تنعقد بينهم أمامه على أساس أحكامهم إليه ، والقاعدة الشرعية كما نصت عليها المادة ٣٥٥ من قانون الأحوال الشخصية لقدري بأشأ هي : « ثبت الأبوة والبنوة والاختوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول . ويمكن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معها ، إذا كان الأب أو الابن المدعى

= من مسائل الأحوال الشخصية التي يختص المجلس الملى بالفصل في الدعاوى القائمة بشأنها بين الأقباط طبقا لمادة ١٦ من الأمر المالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٢ بترتيب اختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العام . أما الثانية فن اختصاص المحاكم الشرعية ، ولو كانت بين غير المسلمين ، ما لم يتفق الخصام على رضا إلى المجلس المالية على سبيل التحكيم » .

(١) قارن ، أحد صفوت : المرجع السابق ، ص ٢٨ .

(٢) انظر في تفصيل هذا الخلاف : المرجع السابق ، ص ٢٦ - ٢٨ .

(٣) الحكم في ١٨ يونيو ١٩٤٢ طعن رقم ٦١ س ١١ ق (مجموعة القواعد القانونية التي قررت المحكمة في ٢٥ عاما ، جزء أول ، ص ١٣٥ رقم ١٧ ، منشور أيضا في مجموعة ممر جزء ٣ ، رقم ١٧٤ ص ٤٧٧) .

عليه حياً حاضراً أو نائبه . فان كان ميتاً فلا يصح اثبات النسب منه مقصوداً ضمن دعوى حق يقيمها الابن والاب على خصم . والخصم في ذلك الوارث أو الوصي أو الموصى إليه أو الدائن أو المدين . كذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرها لا تثبت الا ضمن دعوى حق » . ومعنى ذلك أن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالاً بالنسب وحده ، بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق في التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه ، مما ينبغي عليه أن اختصاص القضاء الشرعى دون سواء في دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين يستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب ، عملاً بقاعدة أن قاضى الأصل هو أيضاً قاضى الفرع . أما القول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى وحدها من اختصاص المجلس الملى لا القضاء الشرعى ، فانه فضلاً عن مخالفته لهذه القاعدة يؤدى إلى أن يكون اختصاص القضاء الشرعى بدعوى الميراث لا مجال له . لأنه إذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها أولاً من الجبة المالية ، فان دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم للتركة ، وهذا لا يقتضى الالتجاء إلى القضاء . وإذن فان رأيت محكمة الموضوع أن حكم المجلس الملى في دعوى الميراث لم يكن بناء على تحكيم الخصوم ، فانه لا يكون لها أن توقف الدعوى للفصل في النزاع من جهة القضاء الشرعى » .

وبين من حكم محكمة النقض أنه قد فصل في مسألة دعوى النسب التي لا ترفع استقلالاً ، بل ترفع ضمن حق في التركة ، يطالب به المدعى . وإذا كان الحكم قد انصب مباشرة على الفصل في مسألة الاختصاص القضائى وجعله من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا أنه يفهم منه أيضاً أنه إذا كانت الشريعة الاسلامية هي التي تتولى تحديد صفة الوارث بالنسبة لغير المسلمين^(١) فان هذا يستتبع أيضاً

(١) وهذا ما مضى فيه المشرع ، سواء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، أو في القانون المدنى (مادة ٨٧٥) .

فصلها في مسألة النسب ، لأنها مسألة أولية يجب الفصل فيها أولاً حتى يمكن ، على ضوء الفصل فيها ، تحديد صفة الشخص كوارث طبقاً للشريعة الإسلامية .

هذا وقد قضت محكمة الاسكندرية في حكم حديث لها بأنه عند اختلاف الطائفة والملة تطبق الشريعة الإسلامية في أحكام النسب^(١)

ثانياً : الوصايا :

٢٠ - الوضع السابق على توحيد الحكم بالنسبة للميراث والوصية فيما يتعلق بمدى اختصاص القضاء بالطائفة بالوصية : - إذا كان من المسلم به أن اختصاص المجالس المالية في مسائل الميراث لم يكن اختصاصاً إلزامياً ، بل كانت تلك المجالس تختص فقط إذا اتفق جميع الورثة المتبرين كذلك في نظر الشريعة الإسلامية على الاحتكام إليها ، وعلى تطبيق شريعتهم الدينية ، كما بينا ، فإن الأمر لم يكن مسلماً به كذلك بالنسبة للوصية وهذا يستلزم أن تقف هنا قليلاً لنوضح حقيقة الأمر بشأن الوصية قبل أن يقول القضاء كله وقبل أن توضح قواعد الوصية بالنسبة لجميع المصريين بصدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

وإذا ما تبعنا المسألة من بدايتها وسرنا معها في تطورها حتى نصل إلى الوضع الذي استقر في مصر ، فإنه يمكننا الوقوف على ما هنالك من صلة بين الماضي والحاضر ، ومدى ما كان للمجالس المالية قبل إلغائها من اختصاص بالنسبة للوصية ، ومدى ولاية الشرائع الدينية لغير المسلمين بشأنها . وهذا ما عني به حكم محكمة النقض الصادر في أول إبريل سنة ١٩٤٣ .

على أن من يتبع سير الأمور يرى أن الشريعة الإسلامية قضت بأن الأصل هو سريان أحكامها على جميع رعايا الدولة ، وأن الأصل كذلك في ولاية القاضي

(١) الحكم في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩٥٦ كلى في ١٦ أبريل ١٩٥٧ (غير منشور) وقد كان الأب أرثوذكسيا والأُم كاثوليكية .

انظر كذلك : أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٣٩ .

المسلم هو عموميتها وشمولها للجميع . إلا أن المسائل التي تتصل بالعبادات والعقيدة قد خص بها المسلمون وحدهم ؛ فولايتهما قاصرة عليهم ، ويخضع أهل الذمة في هذه الأمور المتصلة بالعبادات والعقيدة لشرائعهم الدينية منعاً للبراعة في العقيدة ، كما أنهم يخضعون لشرائعهم الدينية أيضاً فيما ألحق بالعبادات حكماً ، وهو الزواج وقوم الحجر والخنزير . وعلى ذلك فإن غير المسلمين يخضعون لشرائعهم الدينية في كل ما يتصل بالعبادات والعقيدة وما ألحق بهما من حيث الحكم ، إلا إذا راضى المتخاصمون واتخذوا من رجال دينهم محكمين للفصل فيما يقوم بينهم من نزاع . ويتبين من هذا أن الميراث والوصية يخضع فيها المسلمون وغيرهم لقواعد واحدة لأنهما من المعاملات باجماع الفقهاء المسلمين ^(١) ، أى أن أحكامها تنفذ بالنسبة لأهل الذمة كذلك ، على أساس أنهم بقصد الذمة قد ساووا المسلمين في المعاملات والتبرعات . فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته ، فهي كذلك لا تجوز من الذمي . وقد ثار الخلاف بين الفقهاء فيما يتفرع على تلك القاعدة ، مما يتعلق بأغراض الوصية وأشخاص الموصى لهم ^(٢) .

هذا هو الوضع في الشريعة الإسلامية ، وهو ما كان مطبقاً في مصر حتى حارت ولاية عثمانية فتأثرت بما كان يجري في تلك الدولة . ولما صدر الخط المبايعوني في فبراير سنة ١٨٥٦ ، وهو يعد في الواقع دستوراً للحكم والنظام الإداري والقضائي في الدولة العثمانية ، سلب من الهيئات غير الإسلامية ، ما كان

(١) انظر في هذا : الدكتور حسن بدادي : الاختصاص التشريعي والقضائي بالنسبة لموارث غير المسلمين ووصاياهم ، تعليقات على الأحكام ، مجلة الحقوق ، ص ٦٤٤ - ٦٤٨ ، وحكم النقض في أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، جزء ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤ وما بعدها .
(٢) حكم النقض السابق ، مجموعة عمر جزء ٤ ص ٨١ .

قد منح لها من اختصاصات قضائية^(١) ، ولم يترك للقضاء الطائفي إلا ولاية تحكم بالنسبة لما أبقى له من اختصاص فيما يتعلق بالامتيازات الروحية والدعوى الخاصة، مثل الحقوق الارثية^(٢) . . . ومعنى ذلك أن مسائل الموارث والوصايا أصبحت بذلك لا تدخل في ولاية القضاء الطائفي إلا إذا تراضى الأشخاص الذين ثبت لهم الشريعة الاسلامية حقاً في التركة عن طريق الميراث أو الوصية ، وبشرط اتحاد الديانة والمذهب^(٣) . وعلى ذلك فإن الخط الهبايوني الصادر سنة ١٨٥٦ قد « أعاد الأمور إلى نصابها تجرى على حسب الشريعة الاسلامية ، وأصبح التجاء أهل الزمة إلى رؤسائهم الدينيين من قبيل التحكيم ليس إلا »^(٤) .

وبعد الخط الهبايوني صدرت منشورات وتحريرات سامية^(٥) ، والذي استفاد منها هو بقاء الاختصاص فيما يتعلق بالموارث والوصايا للقضاء الشرعي (عدا التحكيم طبعا) ، اللهم إلا بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس ، إذ قرر لها بموجب منشور صادر سنة ١٨٩١^(٦) الاختصاص بالوصايا التي توجد بتركة من يموتون

(١) فقد وأت الدولة العثمانية ، حينما استولت على القسطنطينية ، ولا اعتبارات سياسية محضة ، أن تسلك مع الروم الأرثوذكس مسلكاً متافراً لسياسة الإسلام العامة ، فتركت لطريقتهم سلطة قضائية عليهم ، ولكن الخط الهبايوني سنة ١٨٥٦ سلب ما كان لغير المسلمين من امتيازات في الدعاوى الجنائية والتجارية والمدنية . . . (انظر المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨ من الخط الهبايوني) ، وانظر نص ذلك الخط الهبايوني في فيليب جلال ، « السابق » جزء هـ ص ١٨٦ - ١٨٩ .

(٢) انظر المادة ١٨ من الخط الهبايوني .

(٣) حسن بن دادي ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٤) حكم النقض السابق ، مجموعة صر جزء ٤ ص ٨٢ .

(٥) انظر في هذا حكم النقض السابق ، وكذلك حسن بن دادي ، السابق ، ص ٦٠٠ . وما بعدها وانظر أيضا Messine : Traité de droit Civil Egyptien mixte, 3.P. 127 et s.

(٦) انظر : فيليب جلال ، السابق ، ص ١٩٢ - ١٩٤ .

من أتباعها ، متى توافرت شروط معينة . وحتى بالنسبة لهذه الطائفة فإن اختصاصها بالنظر في الوصية لم يقصد منه إلا تحويلها ولاية في توثيق الوصايا وإلى جعلها مرجعاً للفصل في صحة التوثيق لا أكثر . « ومن التجوز أن يقال إن هذا الوضع ينطوي على تقليد ولاية قضائية حقة في مسائل الوصية ، بل هو أقرب إلى إثبات اختصاص إداري يعهد به إلى هيئة من هيئات التوثيق العامة ، إن جعل لها أن تدل برأى قطعي في صحة الاجراءات التي تتبع أمامها^(١) » .

وعلى ذلك فإن كل ما طرأ من تعديل على الخط الهمايوني هو جعل اختصاص قضاء طائفة الروم الأرثوذكس ، وبالتالي قانونها الشخصي ، يختص بالنظر في شكل الوصية التي يشترك في توثيقها ، هذا إلى جانب اختصاصها في مسائل الزواج . ومعنى ذلك أن الذي لا يتصل بالشكل من الأحكام الموضوعية ، كقصر النصاب الجائز فيه الايصاء على الثلث ، وعدم جواز الوصية للوارث إلا بأجازة الورثة ، وتحديد أهلية الموصي ، كل هذا يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية وإلى المحاكم الشرعية ، ما لم تتوافر شروط الترافع إلى القضاء الطائفي على سبيل التحكيم كما ورد في الخط الهمايوني^(٢) .

إلا أن ما ورد بالنسبة لطائفة الروم الارثوذكس قد أول تأويلاً خاطئاً بسبب خطأ وقع في الترجمة التركية إلى العربية أو الفرنسية في المحرر الذي أبلغت به الحكومة المصرية بالتحريرات السامية التي صدرت سنة ١٨٩١ ومنها المحرر الصادر في ٣ فبراير ١٨٨١ والخاص بوصية الروم الارثوذكس ، وقد أدى ذلك التأويل الخاطئ للمحرر إلى جعل الكثيرين يفهمون منه أنه عم مسألة جعل

(١) حسن بخدادى ، السابق ، ص ٦٥٦ وانظر كذلك حكم النقض في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ، جزء أول رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ وما بعدها وخاصة ٤٧١ - ٤٧٣ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٦٥٧ وانظر أيضا ص ٦٥٨ - ٦٦٠ والمراجع المشار إليها في هذه المناسبة .

الوصية تدخل في ولاية جميع الطوائف الأخرى غير الإسلامية ، مع أن حقيقة الامر كما بينا ، وأن إجماع من توفر من رجال الفقه والقضاء على دراسة نظم الطوائف في الدولة العلية ينمقد على أن الحكم الخاص باثبات الاختصاص الطائفي فيما يتعلق بشكل الوصية كان قاصراً على طائفة الروم الارثوذكس دون غيرها^(١) .

وقد طبق النظام السابق الذي عمل به في الدولة العثمانية في مصر حتى إلى ما قبل الإصلاح القضائي . ومعنى ذلك أن موارث غير المسلمين ووصاياهم ظلت خاضعة لولاية الشريعة الإسلامية والقضاء الشرعي ، ما لم تتوفر شروط تحكم القضاء الملى . بل إنه في هذه الحالة الأخيرة ، كان كثير من المجالس الطائفية يطبق الشريعة الإسلامية بوصفها قانوناً لها . وقد سارت على ذلك أغلب الطوائف ، إذ أن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية في شأن الوصية ، ولذلك كانوا يخضعون لأحكام البلاد القاطنين فيها ، فأصبحت القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية تطبق عليهم في شأن الوصية . وقد كان هذا هو الحال بالنسبة لأغلب الطوائف ولا سيما الطوائف الكاثوليكية^(٢)

(١) حسن بخدايى : المرجع السابق ، ص ٦٥٩ والمراجع التي أشار إليها في الهامش رقم ١ وكذلك ص ٦٦٣ ، وانظر أيضاً حكم النفس السالف الذكر ، مجموعة عمر ، جزء ٤ ص ٨٥ - ٨٦

(٢) وقد جله في مختصر القواعد الأساسية في الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية (فيليب جلال ، قاموس الإدارة والقضاء ، جزء ٥٠ ص ٣٩٩) أن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية في شأن الولي والوصي والمجر واليهبة والوصية . . لأن المسيحيين يخضعون ديانة لأحكام ملوكهم في مثل هذه الأمور ، حيث كانت تلك الأحكام مطابقة لقواعد العدل والحق . . وعلى ذلك يرجع في المسائل التي نحن بصدها الى كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مع اعتبار الملاحظات الآتية : يتعرف الموصى الخطأ الميت ديانة =

ثم بعد ذلك صدرت القوانين المنظمة لبعض الطوائف في مصر . فصدر أولا
الدكرتو الخاص بطائفة الاقباط الارثوذكس في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ ونصت
المادة ١٦ منه على أن من وظائف المجلس الملى النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من
الدعاوى المتعلقة بالاحوال الشخصية ، « إنما مسائل الموارث لا تنظر الا باتفاق
جميع أولى الشأن .. » وقد صرفت عبارة « مسائل الموارث » في هذا النص
إلى نظام الخلافة بسبب الوفاة ، سواء تعلق الامر بدعوى ميراث أو وصية^(١) .

إلا أن صدور المحررات السامية في سنة ١٨٩١ وما وقع فيها من خلط خاص
بوصايا الروم الارثوذكس كما يننا من قبل ، كان له أثره في التشريعين اللذين
صدرتا بعد ذلك منظمين لطائفتي الانجيليين الوطنيين (أول مارس ١٩٠٢) والأرمن
الكاثوليك (١٨ من نوفمبر ١٩٠٥) . قد نصت المادة ٢١ من التشريع الخاص
بالانجيليين (وهي مطابقة للمادة ١٦ من الأمر العالى الخاص بالأرمن) على أن
المجلس يختص بسماع وفصل جميع المسائل المتعلقة بإدارة الاوقاف الخيرية أو بالاحوال
الشخصية . . على أن الاختصاص لا يتناول أية مادة من المواد التي لا يمكن
الفصل فيها إلا بحضور أشخاص غير إنجيليين أمام المجلس بصفة خصوم في
الدعوى ، ولا في « مسائل الموارث الخالية عن الوصية » إلا في حالة ما إذا
قبل الخصوم التقاضى أمام المجلس المذكور . فالذى يلاحظ على هذا النص

== في عدم تركه نصيبا من ماله لاختوته المحتاجين الكاثوليك في حالة ضرورة شديدة ان لم يمنحه
عن ذلك مانع قوى ولا تقبل ومقبول عقلا ، كما أن الموصى لا يخلو من اثم خفيف ديانة إن
لم يسف ذوى قرباء الدمويين بغيره من ماله .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة ١٠٥٠ أبريل ١٨٩٩ البلتان ١ ص ١٠١
٧ مايو ١٠٩٢ البلتان ١٤ ص ٢٨١ . وانظر حسن بشدادى « مجلة الحقوق السنة
الاولى ٦٦٢ » وقارن ما أورده المستشار تادرس ميخائيل في كتابه (القانون المقارن
فى الاحوال الشخصية للاجانب فى مصر) طبعة ١ سنة ١٩٥٤ ص ٢٢ .

أنه أضاف إلى الموارث وصفاً جديداً هو « الخالية عن الوصية » . وهنا يظهر أثر الخطط الناشئة عن تعميم مسألة اختصاص الطوائف غير الاسلامية بالوصايا والذي جاء من خطأ في ترجمة التحرير السامي الصادر سنة ١٨٩١ والذي أرسل إلى مصر ، وفهم منه أن ما جاء بشأن وصايا الروم الارثوذكس في التحرير الصادر في ٣ فبراير ١٨٩١ كان عاماً على جميع الطوائف ، مع أن التحرير الذي بلغ إلى مصر لم يكن يعنى تعميم أمر الوصية بل تعميم مسائل أخرى لم يكن من بينها الوصية .

وقد يفهم من عبارة الموارث « الخالية عن الوصية » أن هناك تفرقة بين الميراث والوصية ، وأنه إذا كانت « الموارث الخالية عن الوصية » تدخل في الاختصاص التحكيمي للطوائف ، فالموارث الايصائية تدخل في اختصاصها الالزامي . ولكن الفقه يذهب في هذا الصدد ، إلى أنه مهما يكن من شأن ما قد يفهم من عبارة « الموارث الخالية عن الوصية » ، فلا شك أن في إنزال الأحكام الموضوعية من الوصية منزلة أحكام الميراث من حيث الاختصاص القضائي والتشريعي - وخاصة لما بين أحكام الميراث والوصية من وثيق الصلة - مما يمتنع معه اختلاف المعاملة ، وخاصة من حيث الاختصاص التشريعي ^(١) .

وعلى ذلك فيراث غير المسلم ووصيته يرجع في شأنهما إلى الشريعة الاسلامية كما لم تتوافر شروط التحكيم إلى الشريعة المالية ، على الوجه الذي سبق لنا بيانه عند الكلام على الموارث . وهذا هو ما يستفاد من أحكام الخطط الهمايونية

(١) انظر في هذا ، مفصلاً : حسن بشداي : مجلة الحقوق ، السنة الاولى ، ص ٦٦٤ وما بعدها وقد أظهرت الظروف التاريخية التي وضعت فيها المادة ٢١ الخاصة بالانجليبيين والمادة ١٦ الخاصة بالارمن الكاثوليك . وانظر أيضاً رسالته السابق الاشارة إليها (بالفرنسية) ص ٢٥٢ وما بعدها وكذلك ص ١٥٠ وما بعدها . وبالنسبة لارتباط الوصايا بالموارث ، انظر كذلك : عبد النعم ديباض : المرجع السابق ، فقرة ٤٧٤ ص ٤٢٤ .

والتحريرات والمنشورات اللاحقة له . ولم يكن هناك بين الطوائف غير الاسلامية سوى طائفة الروم الأرثوذكس التي أعطيت ولاية خاصة بالنسبة للوصية على النحو الذى سبق لنا بيانه ، وأن ما جاء بالنسبة لهذه الطائفة لا يمتد إلى غيرها من الطوائف الأخرى .

وإذا كان من المسلم به أن تطبيق الشريعة الاسلامية بالنسبة لموارث غير المسلمين لا ينطوى على أى مساس بالعقيدة ، فإن التسليم بذلك بالنسبة للوصية أوجب ، متى أتيح لغير المسلم أن يوصى بما هو قربة عنده . وقد أقرت محكمة النقض هذا الاتجاه فى أحد أحكامها^(١) حيث قررت أن « وصية غير المسلم كوصية المسلم لا تصح إلا لوجود حقيقة أو حكما ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ولا تجوز لو ارثت إلا بإجازة باقى الورثة » . وقد أوضحت المحكمة هذا المبدأ الذى وضعت ويثبت أساسه ، ثم ذكرت بعد ذلك أن أصل حكم الشريعة الاسلامية فى وصايا غير المسلمين أنها إنما تصح إذا كانت قربة عند المسلمين وعند الموصين ، بحيث أنها إذا كانت قربة عند الموصين فقط وليست قربة عند المسلمين ، فالرأى الراجح أنها لا تجوز . فمن أوصى من المسيحيين مثلا لبناء الكنائس والبيع أو لإعانة الرهبان على الرهبنة ، فإن وصيته تكون باطلة فى رأى صاحبى أبى حنيفة ، لأنها إذا كانت قربة عند الموصى فليست قربة عند المسلمين . هذا هو الأصل الذى كان يمكن أن يقضى به القضاة الشرعيون إذا ما رفع إليهم الامر ، ولكن لما كانت الوصية على الكنائس والبيع والقسس والرهبان هي من أهم ما يتوصل به المسيحي لنيل ثواب الآخرة ، كما يتوصل المسلم بالوصية للمساجد والشريعة الاسلامية ، فاجراء ذلك الحكم الشرعى على وصايا غير المسلمين فيه

(١) حكم النقض فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، مجموع عمر ، جزء أول رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ وما بعدها . وقد تعرضت المحكمة لهذا الموضوع بطريق عارض لم تكن هناك حاجة إليه لفصل فى الطعن .

إحراج عظيم لهم . وهذا هو المعنى الذى يهتم له المسيحيون ويعملون على تنفيذ وصاياهم فيه . ففى صرح لهم بأن الثلث الذى لهم الحق فى الوصية به يصح أن يكون على وجه معتبرة فى دينهم ، فقد كل غرضهم . أما أن يدعوا أن هذا الثلث أو أكثر منه يصح أن يوصى به لوارث ، فان هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لها بالدين ، بل هى من أمور الاحوال العينية التى يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما اختلفت أديانهم ^(١) .

وينبغى أن ننبه أخيراً فى هذا الصدد إلى أن ما جاء بشأن الميراث والوصية فى القانون المدنى الأهملى الملقى فى النصوص العربية من أن الحكم فى الموارث يكون على حسب المقرر فى الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها التوفى ، ووجوب مراعاة الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى فيما يتعلق بأهليته لعمل الوصية ... (أنظر المواد ٥٤ و ٥٥ وكذلك المادة ١٣٠ من القانون المدنى الملقى) لم يكن يقصد فيها الاحالة إلى قانون الملة بشأن الموارث والوصايا وإنما كانت تلك النصوص تعنى بالتنازع الدولى للقانون لا بالتنازع الداخلى ، وكان المقصود بقانون « الملة » فى تلك النصوص هو قانون الجنسية فى نطاق التنازع الدولى ^(٢) . ولعل مما يؤكد هذا الاتجاه هو تدخل المشرع نفسه بالتعديل ، فصدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ معدلاً للمادتين ٥٤ و ٥٥ من القانون المدنى

(١) انظر المحكم المشار إليه فى الهامش السابق ، وانظر فى اختلاف الجنسية حول جواز وصية غير المسلم بما هو قربه عنده دون أن يكون كذلك عند المسلمين : البحر الرائق ، القاهرة سنة ١٣٢٤ هجرية ص ٤٤٥ ، فتح القدير ، جز ٨ ، القاهرة سنة ١٣١٨ هجرية ص ٤٨٥ .

(٢) انظر رسالة الدكتور حسن بنداوى ، السابق الإشارة إليها ، ص ٣٥٣ وكذلك ص ٢٢٢ وما بعدها . وانظر أيضاً تعليقاته على الأحكام بمجلة الحقوق ، ص ١ ، ص ٦٢٨ وما بعدها . وكذلك حكم النقض فى أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، جز ٤ ص ٩٠ - ٩٢ .

٦ - الأحوال

واستبدل بمباراة « الاحوال الشخصية المختصة بالملة » عبارة « قانون البلد » . وهذا يؤكد أنه في حالة الميراث والوصية لم يكن المقصود تطبيق القوانين الدينية على المصريين .

٢١ - حكم النقض وقطعه في تسوية الوصية بالميراث من حيث ولاية الشريعة الاسلامية والاحتكام الى الشريعة الملية : ولقد تطورت محكمة النقض في حكمها الصادر في أول إبريل سنة ١٩٤٣^(١) استظهار كل ما سبق ، فأوردت في عبارات قاطعة أن ميراث غير المسلم ووصيته يرجع في شأنهما إلى الشريعة الاسلامية ما لم تتوافر شروط التحكيم إلى الشريعة الملية على النحو الذي بيناه . وقد وضعت محكمة النقض بذلك قواعد رسمت بها طريقاً واضحاً في هذا الشأن حيث تقول :

« إن ما جاء بالمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدني الأهلي لم يكن الغرض منه وضع قواعد للتنازع الداخلي بين القوانين المتعلقة بالاحوال الشخصية، بل المقصود من هذه المواد هو تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة إلى الاجانب فيما عساه يطرح أمام القضاء الأهلي من نزاع متعلق بالمسائل المعينة المنصوص عليها فيها » . ثم قررت المحكمة كذلك « أن الموارث عموماً ، ومنها الوصية ، هي وحدة واحدة وتسرى الاحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة القائمة » . كما قررت أيضاً في الحكم نفسه أن « الاحتكام إلى المجلس الملى في مسائل

(١) مجموعة صمر ، جزء ٤ رقم ٢٧ ص ٧٤ وما بعدها . وانظر أيضاً حكم النقض الصادر في ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، نفس المجموعة ، جزء أول رقم ٣٠٠ ص ٤٥٤ وما بعدها . وانظر أيضاً التعليقان على الأحكام للأستاذ الدكتور حسن بشادى ، السابق الإشارة إليها بمجلة الحقوق س ١ ، ص ٦١٢ - ٦٧٤ .

الموارث لا يكون إلا استثناء في حالة الميراث الخالي عن الوصية^(١).
فإذا لم يتفق ذوو الشأن - وهم الورثة على حسب الشريعة الإسلامية
باعتبارها مصدر الأحكام العامة في ذلك - على الاحتكام اليه ، كان لا مناص
من التقاضى أمام جهة الأحوال الشخصية ذات الولاية العامة وهي المحكمة
الشرعية . وكذلك الحال في الميراث الايصائي ، إذ النوعان مرتبطان كل
الارتباط أحدهما بالآخر ، ولا يمكن أن يتناول اختصاص المجلس الملى مسائل
الوصايا إطلاقاً ، فيكون الشخص الواحد في مسائل الموارث تابعاً لتشريعين
مختلفين : يوصى إذا ما أراد الايصاء لأى غرض من الأغراض وفقاً لأحكام
قانون ، ثم يرثه ورثته على مقتضى قانون آخر ، وقد لا يجدون تركه يرثونها
إذا عمل القانونان . وبهذا يكون في وسع المورث في حال حياته العبث بما
أوجبت شريعة التوريث العامة أن يحفظ للورثة ، فيكون اختلافهم على الميراث
غير منتج . ذلك مع أن القاعدة الأساسية العامة ، وفقاً للأحكام الشرعية التي
لم يرد في القانون الوضعى ما يخالفها ، تقضى باحترام حقوق الورثة فيما يجب أن
يبقى محفوظاً لم احتراماً تاماً ، ولا سبيل لتحقيق ذلك إلا إذا استطاعوا الحيولة
دون المأس بها . وإذن فلا يمكن أن يفسر القول باختصاص المجلس الملى
بالفصل بالميراث الخالي عن الوصية عند الاتفاق واتحاد الملة بأن هذا المجلس
يختص بالوصايا إطلاقاً لمجرد اعتبارها من مواد الأحوال الشخصية . ومع ذلك

(١) وعبرة (الميراث الخالي عن الوصية) - كما جاء في حكم محكمة النقض (٢١ يونيو ١٩٣٤) - خطأ شائع في ترجمة *successions ab intesta* وقد وردت هذه العبارة في قوانين بعض الطوائف (انظر المادة ٢١ من القانون الصادر ١٩٠٢ الخاص بالإنجليز الوطنيين والمادة ١٦ من القانون الخاص بالآرمن الكاثوليك) ، وصحتها « الموارث الغير الآتية من طريق الوصية » أو بالإيجاز « الموارث الترمية » وبقابلها *successions testamentaires* أى الموارث الآتية بطريق الوصية ، أو بالإيجاز (الوصية) .

فإن المقصود بالأحوال الشخصية التي من اختصاص المجلس المذكور ، لا يمكن أن يكون إلا المواد المذهبية أو الروحية التي لا تصادم مع القواعد الأساسية العامة في التشريع والتقاليد المتبعة في ذلك إزاء الطوائف المليّة جميعاً ، والتي لم يرد الشارع الخروج عنها بأي حال .

ومن كل ذلك نرى أن محكمة النقض قد سوت بين الميراث والوصية لما بين النفايين من وثيق الصلات . وأن اختصاص الشرائع المالية بالنسبة لها لا يمتد إلا إذا احتكم الورثة طبقاً للشريعة الإسلامية إليها ، وتوافرت الشروط اللازمة لتطبيق تلك الشرائع .

٢٢ - توحيد الحكم بالنسبة للميراث والوصية - بقاء فكرة الاحتكام الى الشرائع الدينية : وأياً ما كان الامر ، فقد قال المشرع كلمته في هذا الصدد حينما أصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ وقرره فيه أن الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، وأنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لرثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى .

وفي سنة ١٩٤٦ خطا المشرع خطوة أخرى ترمى الى توحيد القواعد التي تحكم الوصية بالنسبة لجميع المصريين ، وذلك بتقنين أحكامها بالقانون رقم ٧١ من تلك السنة .

وفي سنة ١٩٤٨ صدر القانون المدني لكي يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ونص في المادة ٩١٥ منه على أن « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » . وجاء في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة ما يلي : « تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع ، وذلك كالأحكام المتعلقة باقتراد الذي يجوز الايصاء به ، وهل يجوز الوصية لواثر ، وهل تم الوصية

بالإيجاب وحده ، وهل يجوز الرجوع في الوصية ، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له ، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية ، ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين ...^(١)

وأزاء نص المادة ٩١٥ وما جاء بشأنه في المذكرة الإيضاحية رأى البعض كما أشرنا إلى ذلك من قبل عند الكلام عن الميراث^(٢) - أن نص المادة ٩١٥ من القانون المدني قد نسخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وأنه بعد صدور القانون المدني لم يعد هناك مجال للاحتكام إلى الشرائع المالية لغير المسلمين ، بل أن الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقييدات وتشريعات هي التي تسرى في شأن الوصية بالنسبة لجميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين. وإذا كان هذا الرأي قد انتقد بالنسبة للميراث ، فإن ما قيل فيما يتعلق بالميراث يمكن القول به هنا أيضاً ، إذ أن القواعد العامة في الإلغاء توجب الإبقاء على حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ إلى جانب نص المادة ٩١٥ من القانون المدني . فالحكم الوارد في النص الأخير حكم عام ، والحكم الوارد بالقانون رقم ٢٥ حكم خاص ، ومن الملم به طبقاً للقواعد العامة في الإلغاء أن العام لا يلغى الخاص . ولذلك تظل أحكام القانون رقم ٢٥ قائمة ، ويكون للورثة بحسب الشريعة الإسلامية من غير المسلمين أن يتقوا على أن يكون التوريث طبقاً للشريعة المتوفى ، إذا توافرت شروط الأحكام إلى تلك الشريعة .

ثالثاً : الأهلية وما يتصل بها من أنظمة خاصة بحماية عديمي الأهلية وناقضات الولاية ، والوصاية ، والقيامة ، والحجر ، والأذن بالإدارة ، والنية ، واعتبار المفقود ميتاً :

٢٣ - الوضع السابق على سنة ١٩٢٥ : نصت المادة ١٣ من قانون نظام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء ٦ ص ٢٩٢ - ٢٩٤ .

(٢) انظر ما سبق ، فقرة ١٨ ص ٦٤ - ٦٦ والمراجع المتأثر إليها في هامش ص ٥٠٢ .

القضاء ، على الأهلية باعتبارها من الاحوال الشخصية ؛ فقد ذكرت ضمن المسائل التي تشملها الاحوال الشخصية ، المنازعات والمسائل المتعلقة « بحالة الاشخاص وأهليتهم » . كما نصت كذلك على الولاية والوصاية والقيامة . . . باعتبارها من مسائل الاحوال الشخصية .

ولكن اذا كان هذا هو وضع الأهلية وما يتصل بها من مسائل في النظام القانوني المصري بصفة عامة ، فان اعتبارها من الاحوال الشخصية لا يعني أنه يطبق في شأنها القانون الشخصي للأفراد ، أى القانون الذى يحكم أحوالهم الشخصية وهو القانون الدينى . ذلك أنه مما لا شك فيه أن مسائل الأهلية لا تتصل بالدين وأن القواعد الخاصة بها ينبغى أن يخاطب فى شأنها المسلمون وغير المسلمين على حد سواء ، وخاصة أن الأهلية وما يرتبط بها تتصل اتصالاً وثيقاً بالمعاملات المالية ، مما يقتضى إخضاعها لقواعد موحدة بالنسبة للجميع وذلك بقصد الاستقرار فى المعاملات نظراً لما قد يؤدى إليه تطبيق الشرائع الدينية فى شأنها من تناقض .

وإذا كان إخضاع الجميع لقواعد واحدة بالنسبة للأهلية وما يتصل بها أمراً لا جدال فيه ، فهل صادف هذا المبدأ تغييراً ما على اثر التوسع فى الامتيازات التى اعترف بها للطوائف غير الاسلامية؟ إذا كان من الممكن التردد فى الإجابة على هذا التساؤل من قبل ، فان الأمر الذى لا جدال فيه الآن هو أن القواعد الخاصة بالأهلية وما يتصل بها قد أصبحت قواعد واحدة بالنسبة للجميع مهما اختلفت دياناتهم وعقائدهم .

والواقع أن الأهلية لم تظهر أبداً بين المواد التى أدخلت فى اختصاص الطوائف المالية بموجب براءات أو فرمانات صادرة من الباب العالى إلى رؤساء الطوائف غير الاسلامية . فحتى سنة ١٨٨٣ ظلت الأهلية من الاختصاص الاتزامى للحاكم الشرعية التى كانت محاكم القانون العام . ولكن منذ ذلك

التاريخ بدأ الشك يثور حول الاختصاص التشريعي والقضائي بالنسبة للأهلية^(١).
ففي سنة ١٨٨٣ صدر القانون المدني الأهلي كما صدرت كذلك لائحة
ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس . وقد رأى البعض في نصوص
هذين التشريعين ما حملهم على الاعتقاد بأن الأهلية قد أخرجت من ولاية تطبيق
الشريعة الإسلامية ومن الولاية القضائية للمحاكم الشرعية . وقد استندوا في ذلك
إلى نص المادة ١٣٠ من القانون المدني الملتي والمادة ١٦ من لائحة الأقباط
الأرثوذكس . ذلك أن المادة ١٣٠ نصت على أن الحكم في الأهلية المقيدة أو
المطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد . كما
نصت المادة ١٦ على أن من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من
الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية
الذي صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة . وقد فهم من نص المادة ١٣٠ أنه
يرجع في الأهلية إلى قانون الملة . وفهم من نص المادة ١٦ وإحاطته إلى كتاب
الأحوال الشخصية ... أى كتاب المرحوم قدرى باشا ، أنه يجعل الأهلية تدخل
في اختصاص المجلس المذكور .

ولكن التمن في حقيقة ما هدف إليه هذان النصاب يحى ما أثاراه من
شكوك حول هذا الموضوع .

فبالنسبة لنص المادة ١٣٠ من القانون المدني الملتي ، ينبغي أن نعرف أن
ما جاء بها لم يكن خاصاً بالمتنازعات بين أحكام الملل أو الديانات المختلفة المتعلقة
بالمصريين من مسلمين وغير مسلمين ، ولكنه كان خاصاً بالمتنازعات بين القوانين
التي تستند إلى سيادات مختلفة ، أى بمتنازعات القانون الدولي الخاص ، وأما عبارة

(١) انظر في هذا رسالة الدكتور حسن بشدادى ، (النسخة الفرنسية) ص ١٤٩

« الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المآقد » . فأنما كانت ترجمة خاطئة لعبارة (Statut Personnel) الواردة فى النص الفرنسى ، والمقصود بذلك القانون الشخصى أو قانون الجنسية . وعلى ذلك فإن الهدف الذى رمت إليه المادة ١٣٠ إنما كان تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة إلى الأجانب فى مسائل الأهلية ، إذا ما اقتضى الأمر الرجوع إليها فى نزاع مطروح على القضاء الأهلى ، ولم يكن لهذا النص شأن بالتنازع للقوانين المالية^(١) . فالرأى الذى ساد إذن فى هذا الصدد هو أن الاحالة إلى قانون الملة فى المادة ١٣٠ كان خطأ فى الترجمة . وأن الذى قصد حقيقة بهذا النص هو الاحالة إلى القوانين الأجنبية . ومعنى ذلك أن المسائل المتعلقة بالأهلية لم تكن تخضع للقوانين الدينية فى مصر ، بل إن الأحكام المتعلقة بها كانت تطبق على جميع المصريين من أى دين كانوا ، ولم تنحى أحكام قانون المجالس الحسينية الصادرة فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٢٥ إلا مقررته للأمر الواقع ، وفى هذا ما يدل على أن المرجع فى ذلك هو التشريع المصرى الخاص بالأحوال الشخصية وليس ما جاء فى المادة ١٣٠ من القانون المدنى^(٢) . هذا عن المادة ١٣٠ من القانون المدنى الملغى .

أما بالنسبة للمادة ١٦ من لائحة مجلس الأقباط الارثوذكس وإحالتها إلى

(١) انظر حكم محكمة النقض فى أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، جزء رابع ، ص ٨٩ - ٩١ ؛ حسن بنداى : مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، ٦٢٩ - ٦٣٦ ؛ ورسالته المشار إليها سابقا (بالفرنسية) . ص ٣٤٦ ؛ عبد المنعم رياض : أصول القانون الدولى الخاص ، المرجع السابق ، بقرة ٤٧٥ .

(٢) حكم النقض المشار إليه فى البامش السابق ، ص ٩١ - ٩٢ ؛ وانظر أيضا رسالة الدكتور بنداى ، السابق الإشارة إليها ، ص ٣٤٧ . وقد عدل نص المادة ١٣٠ - كما عدل نص المادتين ٥٥ و ٥٥ من القانون المدنى الأهلى - بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ وحل محل قانون الملة « قانون بلد المآقد » .

ما جاء بكتاب الأحوال الشخصية المشار إليه ، وهو كتاب المحرم قدرى باشا « فى الأحكام الشرعية الاسلامية فى الأحوال الشخصية » ، فان من يتبع ما جاء بالكتاب المذكور يستطيع أن يتبين أنه لم يضع فى نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة لموضوع الاهلية إلا الوصاية والقوامة (tutelle et curatelle)^(١) .

وهذا ما يمكن أن يقال بالنسبة لطائفة الانجليين وهى التى نظمت بتشريع صادر سنة ١٩٠٢ وطائفة الارمن الكاثوليك وهى نظمت أيضاً بتشريع سنة ١٩٠٥ . فلم يكن للمجالس تلك الطوائف الثلاث التى نظمت بتشريعات مصرية إلا اختصاص قضائى بالنسبة للوصاية والقوامة وفيما عدا هاتين المسألتين فان موضوع الاهلية يبقى جميعه خاضعاً للشرعة الاسلامية التى كانت تحكمه قبل سنة ١٨٨٣ بالنسبة لجميع المصريين^(٢) . أما باقى الطوائف الاخرى فقد كانت تخضع لقواعد عامة تسرى على جميع المصريين^(٣)

(١) حسن بن دادى : الرسالة السابقة (بالفرنسية) ص ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٤٦ - ٢٤٧

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء الأهلى (انظر المرجع السابق : ص ٢٤٨ والأحكام المشار إليها فى هاشم رقم ١٠٠) وقد قضى أن : الأصل أن تغض المجالس الحسية بنظر مسائل الحجر بالنسبة إلى صوم المصريين مالم يوجد قانون يمنع ذلك . فالطوائف الغير الإسلامية التى تخول لها الحق بموجب أوامر عالية إنهاى طائفة الأرمن الكاثوليك والأقباط الأرثوذكس والأقباط البروتستانت . فليس إذن من ضمنها الطائفة الموسوية . فالاسرائيليون الوطنيون المقيسون فى مصر خاضعون إذن للمجالس الحسية . فالقرار الصادر بتوقيع الحجر على أحد من المجلس الحسى التابع له هو قرار صحيح واجب النفاذ (استئناف حسى فى ٤ يناير سنة ١٩٣٥ المظامة ص ٥ ورقم ٢٨٢ ص ٢١٦ .

كما قضى أيضاً أن جميع أفراد الطائفة المارونية بمصر الغير الناجين لدول أجنبية خاضعين لأحكام المجالس الحسية . فتتصيف الأوصياء والقوام والكلاء على الصغار منهم والقائمين بعد عمى الأهلية يكون من اختصاص المجالس الحسية دون البطريركيات ، لأن الحكومة المصرية =

وخلاصة القول في هذا الصدد أن جميع أفراد الطوائف التي لم تنظم بتشريعات
مصرية كانت تخضع لقواعد واحدة وهي الشريعة الإسلامية بالنسبة لمسائل
الأهلية وما يتصل بها . أما الطوائف الثلاث التي نظمت بتشريعات فإن أفرادها
كانوا يخضعون أيضاً للشريعة الإسلامية كباقي الطوائف الأخرى الذير الإسلامية،
اللهم إلا بالنسبة للوصاية والقوامة فقد كانت مجالسهم المالية تختص بالنظر فيها .
إلا أن هذا لا يعنى أنها كانت تطبق شرائعها الدينية ، ذلك لأن المسائل المتعلقة
بالوصاية والقوامة ليس لها أى طابع ديني يبرر تطبيق شرائعها الدينية ، كما أن
الكنيسة لم تضع بشأنها أحكاماً خاصة . هذا هو الوضع بالنسبة للأهلية وما يتصل
بها من مسائل خاصة بحماية عديى الأهلية وناقصها قبل صدور القواعد المنظمة
للمجالس الحسينية فى سنة ١٩٢٥^(١) .

٢٤ - لتوحيد قواعد الأهلية وما يتصل بها عن طريق التشريع :

وفى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ صدر قانون المجالس الحسينية ، قضى على كل
خلاف فى هذا الشأن ووضع قواعد موحدة لجميع المصريين فيما يتعلق بالأهلية
وما يتصل بها من أنظمة تهدف إلى حماية عديى الأهلية وناقصها . وقد أخرج
هذا القانون مواد الوصاية والقوامة من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المالية
وجعلها من اختصاص المجالس الحسينية ، فتوحد بذلك القضاء الخاص بحماية عديى
الأهلية . كما توحد كذلك القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأهلية . وبهذا
التوحيد القضى مداخل اختصاص المجالس الحسينية إلى جميع المصريين مسلمين وغير

= لم تمنح طائفتهم امتيازاً خاصاً بإنشاء مجلس على لهم مثل بعض الطوائف (استئناف حسي
المحاماة ٣ رقم ٨٤ ص ٢١٣ . وانظر أيضاً : حكماً من المجلس الحسي السالى ٣ يناير
١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٤٧ ص ٣٢٥ وكذلك فى ٦ يونيه ١٩٢٦ المحاماة ٦
رقم ٥٣١ ص ٨٥٣) .

(١) انظر فى هذا : حسن ينداكى ، رسالته ص ٣٤٧ - ٣٤٨

مسلمين ، فيما يتعلق بالأهلية والأنظمة المتصلة بها ، قد تحقق نهائياً توحيد القواعد الواجبة التطبيق في هذا الشأن ، ويبرر ذلك أن هذه المسائل هي من المسائل المدنية ، كما يبرره أيضاً فكرة استقرار المعاملات ، فمن الخطورة بالنسبة للمعاملات ألا تخضع أهلية الفرد للشريعة العامة في الوسط الذي يعيش فيه^(١) وقد استمدت تلك القواعد في مصر من الشريعة الإسلامية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه : « وإذا كان مما لا شك فيه أن الأحكام المتعلقة بأموال عديبي الأهلية مستمدة من قواعد الشريعة الإسلامية . فإنه يكون من المتعين الرجوع إلى تلك القواعد دون غيرها باعتبارها الأحكام العامة في هذا الصدد ، للوقوف على ما يكمل أحكام قانون المجالس الحسبية . وإذن فمن الخطأ أن يقرر المحكم أن من اختصاص المجالس إلى الفصل في مدى صلاحية الأب على مال ابنه القاصر ، وأن يقف الفصل في الدعوى المروضة عليه حتى يصدر المجلس المذكور حكمه في ذلك ، إذ مسئولية الولى عن مال ابنه القاصر من اختصاص المحاكم الأهلية تفصل فيها على وفق أحكام الشريعة الإسلامية^(٢) » .

وفي سنة ١٩٤٧ استبدل بالقانون السابق الصادر سنة ١٩٣٥ القانون رقم ٩٩ الخاص بالمحاكم الحسبية . وقد جعل هذا القانون الاختصاص في مواد الوصاية والقوامة والحجر للمحاكم المدنية ، كما تضمن الأحكام الموضوعية التي تحكم الأهلية .

وفي سنة ١٩٥٢ صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ ، وقد وضع حالات تسلب فيها الولاية على النفس . وهي حالات عامة تسرى بالنسبة للجميع من

(١) انظر ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المجالس الحسبية في ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وكذلك : حسن بغدادى : رسالت السابقة ، ص ٣٤٩ .

(٢) نقض مدنى في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ ملعن رقم ٣٠ ص ١٢ ق (مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في ٢٥ عاماً حتى سنة ١٩٥٥ ، جزء أول ص ١٤٠ رقم ٢٤ .

مسلمين وغير مسلمين . ولكنها لا تعتبر موحدة بالنسبة للجميع إلا في حدود ما وردت بخصوصه . وفيما عدا ذلك تطبق القواعد الخاصة بغير المسلمين (أنظر فيما يلي بند ١٩٧ من هذا الكتاب) .

ثم انتهى الأمر أخيراً إلى صدور القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، وحل محل القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فيما عدا القواعد الخاصة بالإجراءات والتي أدمجت في قانون المرافعات . وقد قسم القانون رقم ١١٩ إلى أبواب ثلاثة خصص الباب الأول للقصر ، وتكلم فيه المشرع عن الولاية والوصاية . وخصص الباب الثاني للكلام عن الحجر والمساعدة القضائية والغنية . وتضمن الباب الأخير أحكاماً عامة .

هنا وقد سبق أن رأينا أن المجموعة المدنية تنظم الأهلية كذلك بنصوص خاصة في المواد ٤٤ وما يليها . كما تكلمت عن الأهلية أيضاً باعتبارها شرطاً لصحة الرضا في العقود ، في المواد ١٠٩ وما يليها . وكل هذه القواعد وتلك ، عامة بالنسبة لجميع المصريين .

٢٥ - أهلية الرهبان : وبمناسبة الكلام عن الأهلية تثار مسألة خاصة بأهلية الرهبان لدى بعض الطوائف المسيحية ^(١) . وقد عرض الأمر على محكمة النقض المصرية فقضت بأن « الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في

(١) والرهبنة هي فلسفة الشريعة المسيحية . والرهبان يتجردون عن الدنيا ومادياتها ليقضوا حياتهم في دير أو صومعة طلياً لتبدي ، أو لقيام بعمل إنساني متشبهين بالرحل في التجرد من « فناء العالم ودخس شهواته ... » . وقد ورد في « كتاب القوانين » (الذي جمعه الشيخ الصفي العالم ابن السال من كتب القوانين ، وألفه في سنة ٩٥٥ للشهداء الأقطار ، والمعروف بالمجموع الصفوي ، طبعة ١٩٢٧) باب (الباب الشاشر من ٨٨ وما بعدها) في « الرهبان . والرهبانيات .. » تكلم فيه عن وصفهم وشروط التأهل وفيما يجنبى أن يسهل من تأهل للرهبانية في ماله ...

مصر . وقد اعترفت به الحكومة المصرية ، إذ اختصت الرهبان على اختلاف درجاتهم ببعض المزايا ، فأعفتهم من الخدمة العسكرية ^(١) . ومن الرسوم الجركية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب اختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الاحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر مملوكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . فالراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال ليثقف ويربى وفقاً لأحكام الدين على حساب الدير ، وهو راض بالنظام الكنسى القاض بأن كل ما يصيب الراهب من رزق لا يملك فيه شيئاً بل يكون ملكاً للكنيسة . ولما كان هذا الذى جرى العرف الكنسى عليه ليس فيه ما يخافه أحكام القانون أو مبادئ النظام العام ، فإن الحكم الذى يعد المطران مالكا لنفسه ، لا للكنيسة . ما يشتره وقت شمله منصبه الدينى على أساس أن عقود الشراء صدرت له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة يكون مخطئاً في ذلك . لعدم تطبيقه القواعد الكنسية المحددة لملاقة الرهبان بالكنيسة في ملكية الأموال باعتبارها قانون العقد الواجب الأخذ به ^(٢) .

وإذا كان الحكم لم يتعرض لما كان يملكه الراهب قبل دخول الدير .

(١) انظر الأمر العالي في مارس سنة ١٨٨٦ وكذلك في ٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ بتأريخهما
طلبة العلم الدينى من طائفة الأقباط من الخدمة العسكرية (فيليب جلال ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥ -
٢٧٨ . وانظر أيضاً ص ٤٠٨ - ٤١٠ بالنسبة للأقباط الكاثوليك ، وكذلك ص ٤٥٣ - ٤٥٥ .
بالنسبة للأقباط البروتستانت ، وأخيراً ص ٤٧٤ بالنسبة لأبناء الطائفة الإسرائيلية) .
(٢) نفس مدنى في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ طين رقم ٥٧ سنة ١١ ق . مجموعة القواعد
التي قررتها محكمة "نقض في ٢٥ عامة ، جزء أول ، ص ٣٢٤ رقم ٥٦ ، وكذلك مجموعة
صدر جزء ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٢١ .

بصورة صريحة فإنه يبدو منه أن الراهب يتجرد عن أملاكه وأنه « يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال ». أما بعد دخول الدير فإن كل ما يصيب الراهب من رزق يعتبر ملكاً للكنيسة ، بل إن كل ما يشتريه وهو راهب لا يستطيع أن يملكه لنفسه حتى ولو احتج بأن عقود الشراء صدرت له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة . هذا هو ما يفهم من حكم النقض . ومؤداه أن الراهب إذا كان يتجرد عند دخوله الدير عن كل مال ، فإنه لا يملك ظالمًا بقي في منصبه .

ولكن يبدو أن ما قالت به محكمة النقض لا يتفق مع ما قال به قضاة الشريعة المسيحية ، وهم يفرقون في هذا الصدد بين صورتين : في الصورة الأولى ، نجد الأموال التي كان يملكها الراهب قبل دخوله في الرهبة وكذلك ما تملكه الراهب حتى بعد دخوله في الرهبة عن طريق الميراث . فهذه الأموال تبقى ملكاً خالصاً له يورث عنه وله أن يهبه ويوصي به ، « فيصنع فيه وبه ما أحب ويورثه لمن أراد » . وهذا أمر معقول لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله في سلك الرهبة ، لمخالفة ذلك للنظام العام . ومن جهة أخرى فإن تجرده من أمواله طبقاً لنظام الكنيسة بعد دخوله الدير يعد أمراً استثنائياً فيجب قصره في أضيق نطاق .

وفي الصورة الثانية ، نجد الأموال التي تتول إلى الراهب بعد دخوله في الرهبة عن غير طريق الميراث ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لا لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر نائباً عن الكنيسة ، وذلك طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ^(١) .

(١) وهذا هو ما يفهم مما أورده ابن السال حيث يقول (ص ٢١٤ - ٢١٥) تحت عنوان (في ميراث الأساقفة والراهبان) : « يمكن معروفًا مال الأسقف إن كان له شيء ، وليكن معروفًا ما هيبة ، لكيما يكون له سلطان على ما كان له يصنع فيه وبه ما أحب ويورثه لمن أراد : =

ويبدو أن هذه التفرقة التي قال بها قهاء الشريعة المسيحية قهر بما جاء
في مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجمع المقدس
والمجلس إلى العام سنة ١٩٥٥ . في المادتين ١٧٨ و ١٧٩ ، تحت عنوان « في
ركبت الأساقفة والرهبان » .

فصت المادة ١٧٨ على أن « كل ما يكتنيه البطريرك من إيراد رتبته يؤول
بعد وفاته إلى الدار البطريركية ، وما يكتنيه المطارنة والأساقفة من طريق رتبته
يؤول إلى الكنيسة ولا يعتبر ملكا لهم . فلا يحق لهم أن يوصوا بشيء ، كما
لا يجوز أن يرثهم فيه أحد من أقاربهم . أما ما كان لهم قبل ارتقاؤهم إلى رتبة
الرئاسة أو حصلوا عليه لا من إيراد الرتبة ، بل من طريق آخر ، كميثاق أو
وصية فهو ملك لهم يتصرفون فيه كيفما يشاءون بالوصية وغيرها ، وينتقل بعد
الوفاة إلى الورثة الطبيعيين » .

ويبين من النص أن ما يصبح ملكا للكنيسة هو ما يؤول إلى رجل الدين
عن طريق إيراد الرتبة فقط ، كما أنه ليس له أن يوصى به ولا يورث عنه .

== ولا يذهب بشيء جلة ما للكنيسة ، لأنه ربما كان للأسقف قرابة وولد . وهذا هو العدل
بين - أي أنه أن لا يذهب من مال الكنيسة شيء ، ولا يظلم الأسقف حقه ، ولا يكابر أهل
بيته وقرايته على ما كان له جلة مال الكنيسة ، فيكون ذلك مما يلزمه الشناعة واليبس بعد
موته وسوء الذكر . . فجميع ما كان للأسقف قبل الأسقفية فله أن يهبه ويتصرف فيه كيف
شاء ويوصى به . فأما ما اقتناه بعد الأسقفية فهو للبيعة ليس له أن يوصى في شيء منه
إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو أخوة أو أعمام .

والذي يترهب وله أولاد فيمكنه بعد التزهب أن يقدم ماله على أولاده من بعد أن يؤول
لنفسه سهما واحدا يصير لدير . وأما إن توفي من غير وصية فإن أولاده يأخذون حينئذ ما يخصهم
من غير وصية ، والباقي يدفع للدير ... وإن لم يكن له أولاد ، فإن لم يدخل بماله إلى الدير
فهب ماله أمره ، وإن دخل بماله للدير أو قال أن يدخل به إلى الدير ، فالأول يصير للدير
إلا ما أوصى به قبل دخوله إلى الدير » .

وبلاحظ أن النص لم يفرق بالنسبة لما يحصلون عليه عن طريق غير رتبتهـم كالميراث والوصية . لم يفرق بين ما يأتهم عن هذا الطريق من أآاربهم أو من غير أآاربهم . ويحفل إلنا أنه كان ينبغي أن يفرق بين ما يثول إلى رجل الدين عن طريق الميراث أو الوصية من الأآارب الذين أشار إليهم ابن المسال (١) ، وهذا يعتبر ملكا له ، وبين ما يثول إليه عن هذين الطريقين أيضا لكن من غير أآاربه الذين أشار إليهم ابن المسال ، ففي هذه الحالة الأخيرة يثول ما يأتي إليه للكنيسة باعتباره نائباً عنها ، على أن يدخل في الاعتبار أنه في حالة الوصية تقوم قرينة على أن المقصود بها وجه الله فككون للكنيسة لا لرجل الدين . هذا عن المادة ١٧٨ .

أما المادة ١٧٩ فقد نصت على أن « الأموال التي يكتنيها الراهب أو رئيس الدين من طريق الرهنة تؤول بعد وفاته إلى جماعة الرهبان الذين ينسب إلى ديرهم ، ولا يرثه أحد من أآاربهم في هذه الأموال ، ولا يحق له أن يتصرف فيها بوصية أو بغيرها .

أما الأموال التي يكون حصل عليها من غير طريق الرهنة ، فهي تركة تؤول بعد وفاته إلى ورثته ، فإن كان له وارث طبيعي ورثه ، راهباً كان أو غير رهب ، وإلا يرثه جماعة الرهبان الذين ينسب إلى ديرهم » .

رابعا : الهبة :

٢٦ - حكم الهبة بالنسبة للمصريين وبالنسبة للأآانب :

تخضع الهبة في القانون المصري لنظامين مختلفين من حيث تكييفها باعتبارها من الأحوال الشخصية أم من الأحوال العينية ، وذلك بحسب ما إذا تعلق الأمر بأآانب أو بمصريين .

أما بالنسبة للمصريين ، فلم يعد هناك شك الآن ، بعد صدور القانون المدنى الحالى ، فى أن الهبة تعتبر من الأحوال العينية ، فقد عنى هذا القانون بتنظيمها من حيث أحكامها ومن حيث شروطها الموضوعية والشكلية وأفرد لها الفصل الثالث ضمن الباب الأول من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة باعتبارها من حقوق الدائى تقع على الملكية ، وذلك فى المواد ٤٨٦ وما بعدها . وبذلك نظر المشرع إلى الهبة على أنها عقد مالى كسائر العقود . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد أن « أهم تجديد استحدثه المشرع فى عقد الهبة أنه أورد أحكامها كاملة فى الشكل وفى الموضوع .. وقد نظر المشرع فى ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود ، فينبغى أن يستوفى التفتين المدنى أحكامها جميعا وأن يضمها فى مكانها بين العقود الأخرى .. » . كما أوردت المذكرة فى نظرتها العامة إلى الهبة ما يأتى :
 « ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة فى الالتزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للعاقدين كسائر العقود »^(١).

وبذلك قضى المشرع على كل ما كان يمكن أن يثار حول تكييف الهبة باعتبارها من الأحوال الشخصية أو من الأحوال العينية فى ظل القانون المدنى الملقى^(٢) :

(١) المذكرة الإيضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء رابع ، ص ٢٤١ - ٢٤٢ .
 (٢) ول ظل القانون المدنى السابق ، لم يتعرض لما المشرع إلا من حيث الشكل . فقد نصت المادة ٤٨ من ذلك القانون على أنه إذا كان العقد المشتبه على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد تبرع ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بقصد رسمى (acte authentique) . وإلا كانت الهبة لاغية ، فلم يكن النص يتعرض للهبة من حيث موضوعها ولا لسكينة تكوينها أو أهلية المتعاقدين فيها أو غير ذلك من أحكامها . ولذلك كانت كل هذه المسائل تعتبر من الأحوال الشخصية سواء بالنسبة للمصريين أم بالنسبة للأجانب ، وقد استند فى اعتبار الهبة =

ولكن إذا كان هذا هو تكيف الهبة بالنسبة للمصريين ، فإن المشرع لم يحتفظ بهذا التكيف للأجانب . فقد جاء في المادة ١٤ من قانون نظام القضاء^(١) ونص على أن « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين ، إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » .

هذا بالنسبة للهبة . فالأصل في القانون المصري إذن أن الهبة تعتبر من الأحوال العينية ، وتسرى أحكامها الواردة في القانون المدني على جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين . إلا أن المشرع لم يشأ أن يطبق هذا الأصل بالنسبة

== من الأحوال الشخصية إلى ما جاء في المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي كانت تخرج الهبة من اختصاص تلك المحاكم باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية ، وجاءت بعد ذلك المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة فنصت على أن « المسائل المتعلقة بالهبات » تعتبر من الأحوال الشخصية . وبذلك تأكد اعتبار الهبة من الأحوال الشخصية ، كما ذكرت المادة ٢٩ من اللائحة المذكورة أنه يرجع في الهبات إلى قانون الواهب وقت الهبة ، وهذا ما جاء أيضا في المادة ٣ من المرسوم رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ .

وقد كان اعتبار الهبة من الأحوال الشخصية بعد حكا غريبا في الواقع ، لأن الهبة أقرب إلى العلاقات المالية ، وهي تعد ضمن العقود ، فهي ليست بطبيعتها من الأحوال الشخصية (حامد زكي ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٠ ص ٦٦) عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ص ٢٦٩) . ولعل هذا ما حدا بمحكمة النقض — حينها تعرضت لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية — كما بينا من قبل — إلى القول بأنه أما عن الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، « بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإن ظل الوقف والهبة والوصية . . . هي من الأحوال العينية انطقت بالمال . . . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية » وكلها من عقود التبرعات ، تقوم على فكرة التصديق المتدرب إليه ديانة ، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قضايا مسائل الأحوال الشخصية » (تنص ٢١ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر جزء أول رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) غالبية بحسب طبيعتها تعتبر في مذهب محكمة النقض من الأحوال العينية .

(١) وهو القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وقد صدر بعد القانون المدني ، إذ أن هذا الأخير صادر بالقانون رقم ٠٣١ لسنة ١٩٤٨ . والحكم الزارد في المادة ١٤ من قانون نظام القضاء سالف الذكر لا زال قائما ، حتى بعد تعديل هذا القانون بقانون السلطة القضائية قهر ٥٦ لسنة ١٩٥٩ .

للأجانب ، فأوجب الرجوع إلى قوانينهم لمعرفة ما إذا كانت الهبة من الأحوال الشخصية ، أو ما إذا كانت من الأحوال العينية ، لاختلاف النتائج المترتبة على ذلك في كلتا الحالتين ^(١) .

٢٧ - خاتمة الفصل الأول : حصر المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية
وأساس اختلاف مطالها بالنسبة للتنازع الداخل والتنازع الدولي : -

رأينا في دراستنا خلال هذا الفصل أنه كان لا بد أن نحدد المقصود بالأحوال الشخصية ، لما لهذا التحديد من أهمية في دراستنا ، إذ أن ما يعتبر من الأحوال الشخصية يدخل في دراستنا ، وتطبق بشأنه الشرائع الدينية لغير المسلمين . وقد أتيج خلال هذه الدراسة أن نبين مفهوم اصطلاح الأحوال الشخصية بصفة عامة في النظام القانوني المصري ، وأن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء عدت ما يعتبر من الأحوال الشخصية . ورأينا أنه إذا كان ماجاء بتلك المادة من حالات هو ما ينصرف إليه اصطلاح الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري بصفة عامة ، إلا أن المشرع قد بدأ يضيق من نطاق مدلول هذا الاصطلاح في ميدان التنازع الداخلي لقوانين الدينية في مصر ، فقام بتوحيد القواعد الواجبة التطبيق في بعض المسائل ، وهي الميراث والوصية على التفصيل الذي رأيناه ، مع مراعاة إمكان الاحتكام إلى الشرائع المالية لغير المسلمين بالنسبة لتقسيم التركة طبقاً لشرعة المتوفى متى توافرت شروط معينة لذلك . كما قام المشرع كذلك بتوحيد القواعد الخاصة بالأهلية وما يتصل بها من أنظمة خاصة بحماية عدمي الأهلية وناقصها ، والهبة على التفصيل الذي سبق بيانه . فهذه المسائل كلها أصبحت خاضعة الآن لقواعد تشريعية موحدة بالنسبة لجميع المواطنين على اختلاف مللهم ونحلهم . وهي بذلك تخرج من نطاق الاختصاص التشريعي

(١) أنظر ، عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ١١٩ ، ص ٢٧٠ - ٢٧٢ .

للدبيانات لكي تخضع للتشريعات التي نظمتها ، كما أنها بذلك تخرج من نطاق دراستنا لتدخل في نطاق دراسات أخرى خاصة بها كالشريعة الإسلامية أو القانون المدني ، على حسب الأحوال . ومن بين المسائل التي نظمت بتشريع خاص كذلك وأصبح يسرى على الجميع ، نظام الوقف . والوقف يحكمه الآن القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٤٦ ، المعدل بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالغاء الوقف على غير جهات الخير .

وإذا ما استبعدنا من المقصود بالأحوال الشخصية كل تلك المسائل السابقة ، فإنه يبقى بعد ذلك ما تسميه المادة ١٣ من قانون نظام القضاء بالمسائل « المتعلقة بنظام الأسرة » كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والافتراق بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبني .

ولعل مما يجدر بنا إبرازه في هذا الصدد هو أن هذا التضييق من نطاق الأحوال الشخصية في ميدان التنازع الداخلي لقوانين الدينية في مصر يرجع إلى اختلاف الأساس الذي قوم عليه فكرة الأحوال الشخصية في نطاق التنازع الدولي عنه في نطاق التنازع الداخلي لقوانين الدينية ، وهذه الفكرة في حاجة إلى إيضاح أكثر .

إن مما لا شك فيه - كما قدمنا - أن اصطلاح « الأحوال الشخصية » طبقاً للنظام القانوني المصري له معنى واحد ، سواء تعلق الأمر بالمصريين أو بالأجانب . وهذا هو ما يفهم من وضع المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ بالنسبة للمادة السابعة عليها ، ومن عدم تغيير صياغة تلك المادة عندما عدلت المادة ١٣ بالقانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ وأصبحت تشمل الاختصاص بالأحوال الشخصية ،

بصفة عامة ، بالنسبة للمصريين والأجانب ، كما سبق لنا بيان ذلك . وهذا ما يشير بأن المشرع أراد أن ينصرف مضمون المادة ١٣ إلى ما يعتبر من الأحوال الشخصية ، سواء في نطاق التنازع الداخلي أو في نطاق التنازع الدولي للقوانين .

ولكن لما كانت الاعتبارات التي يتحدد على أساسها نطاق الأحوال الشخصية ليس واحداً في الحالتين فقد اختلف نطاق كل منها .

ف نطاق الأحوال الشخصية في محيط التنازع الدولي للقوانين تتحكم في تحديده قواعد القانون الدولي الخاص ، وقواعد هذا القانون تعين ولاية النظم القانونية المصرية بالنسبة لغيرها من النظم الأجنبية ، وتكيف قريباً على ذلك باعتبارات سياسية أخصها الاستجابة لحاجة البلاد في نطاق التعامل الدولي ، والاعتداد بمدى ما يتوافر للدولة من مقومات السيادة في صلتها بغيرها من الدول^(١) .

أما في حالة التنازع الداخلي فان الاعتبارات التي تتحكم في تحديد نطاق الأحوال الشخصية تختلف عن ذلك . فالأصل أن توضع قواعد قانونية عامة واحدة بالنسبة لجميع المواطنين على اختلاف دياناتهم ومذاهبهم ، حتى يتحقق بذلك للدولة سلطانها الكامل على الافراد ، وحتى تتحقق بذلك المساواة بين الجميع . ولكن مصر وجدت في وضع خاص شاذ ، نظراً لوجود الطوائف الدينية غير الاسلامية بها . فحرصاً على كفالة حرية العقيدة ، منح للطوائف الدينية امتياز حق الفصل بين تابعيها في المسائل الشخصية . وإذا كانت الظروف قد أدت إلى أن تتوسع الطوائف في اختصاصها ببعض المسائل ، إلا أنه كان من اللازم النظر إلى ذلك على أنه استثناء محض يطبق في أضيق الحدود . ومن هنا بدا حرص المشرع على متابعة هذه السياسة ، وحصر المسائل الشخصية في أضيق الحدود

(١) حسن بدادي : مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، ص ٦٢٤

وقصرها على ما يتصل بالعقيدة، فحاول بقدر المستطاع أن يتنزع من اختصاص الطوائف كل ما كان بعيداً عن المساس بالعقيدة ووضع قواعد موحدة بشأنه ، وهذا ما كان بالنسبة لمسائل الموارث والوصايا والأهلية وما يتصل بها من أنظمة والمهبات ، حتى يرجع إلى الأصل العام وهو وحدة التشريع بالنسبة لجميع المواطنين . وبذلك انحصر نطاق المسائل الشخصية في حدود الزواج وما يتصل به ، وقد رأينا أن الزواج قد اعتبر من المبادئ من حيث الحكم .

فالاعتبار الذي يحمل غير المسلمين معفيين من ولاية قانون عام موحد هو اعتبار ديني ، وهو اعتبار يختلف عن الاعتبار التي تبرر إعفاء الأجانب من الخضوع للقانون الإقليمي في أحوالهم الشخصية . ففي تجرد النظام القانوني من كل اعتبار ديني وجب أن يكون عاما بالنسبة للجميع ^(١) .

ولعل هذا هو ما حرصت محكمة النقض على إبرازه حين قررت أن « المقصود بالأحوال الشخصية التي من اختصاص المجلس المذكور لا يمكن أن يكون إلا المواد المذهبية أو الروحية التي لا تتصادم مع القواعد الأساسية العامة . في التشريع والتقاليد المتبعة في ذلك إزاء الطوائف المليية جميعاً ، والتي لم يرد الشارع الخروج عنها بأي حال » ^(٢) .

(١) أنظر أيضاً : حسن بنداى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٦ - ٦٢٧

(٢) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر جزء رابع ، ص ٧٦ .

الفصل الثاني

تحديد المقصود بغير المسلمين

من المصريين

٢٨ - أهمية تحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين - الطوائف الدينية التي يعترف بها القانون : رأينا فيما سبق أنه كان من اللازم تحديد المقصود بالأحوال الشخصية لغير المسلمين ، نظراً لأهمية ذلك في حصر نطاق المسائل التي تطبق فيها الشرائع المالية لغير المسلمين . ولكن لا يكفي أن نحدد نطاق ما يعتبر من الأحوال الشخصية ، بل لابد كذلك من معرفة من هم غير المسلمين الذين ينهمم المشرع في هذا الصدد ، حتى يتسنى بذلك تطبيق شرائعهم الدينية إذا ما توافرت شروط تطبيقها التي نص عليها القانون .

وتحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين يقتضى أن نحصر الطوائف الدينية التي قامت في مصر ، وكيف نشأت هذه الطوائف . وإذا كانت دراسة هذا الموضوع محل عناية فيما مضى عندما كان لغير المسلمين جهات قضاء على ، وكان من اللازم معرفة تلك الجهات ومدى ما كان لها من اختصاص في الفصل بين التاجين لها ، إلى غير ذلك مما أصبح في عداد التاريخ بعد إلغاء تلك الجهات بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فالتا لن نعرض لهذا الموضوع إلا بالقدر الذي تستلزمه دراستنا ، بالوقوف على من هم المصريون غير المسلمين .

على أنه إذا كان من المسلم به أن حرية العقيدة مكفولة للجميع ، إلا أن المشرع لم يرتب أثرًا على الديانة إلا إذا كانت الاسلام أو المسيحية أو اليهودية ،

فهذه الديانات وحدها هي التي يرتب المشرع عليها أثرًا من حيث الاختصاص التشريعي ، وذلك نظرًا لارتباط الاختصاص التشريعي لقواعد الديانات بقواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الدينية قبل توحيد جهات القضاء بالنسبة لسائر المصريين ^(١) .

(١) حقا إن حرية العقيدة مكفولة . لكن المشرع عندنا لم يربط أثرًا لإعلاء المسيحية أو اليهودية بالنسبة لغير المسلمين ، لأنه يشترط أن يكون لغير المسلمين الذين يراد تطبيق شريعتهم قضاء منظم وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ولم يكن هناك قضاء مني معترف به سوى القضاء بين تلاميذ هاتين الديانتين فقط . وعلى هذا إذا ما أثير نزاع بين غير المسلمين ، وكان لا يتعلق بمسيحيين أو يهود تتوافر شروط تطبيق شريعتهم ، طرأت الشريعة العامة ، وهي الشريعة الإسلامية على غير المسلم الذي لم يكن معترف له قضاء مني قبل سنة ١٩٥٥ .

وهذا هو الحكم كذلك بالنسبة لمن لا يدينون بدين سماوي ، لو فرض وجودهم . إذ تطبيق شأهم الشريعة الإسلامية ذات الأولوية العامة ، سواء كانوا من الملحد الذين لا دين لهم . على الإطلاق ، أو كانوا يدينون بدين غير سماوي مثل الدين المجوسي (عبادة النار) ، والمندوكية (عبادة البقر) ... ومن الواضح أن منطلق حرية العقيدة قد يؤدي إلّا أن يوجد من لا يدينون بدين سماوي ، وبالتالي لا تتوافر في شأنهم شروط تطبيق شرائع غير المسلمين ، المسيحية واليهودية ، فتطبق الشريعة الإسلامية . ولهذا لا نقر ما اتجهت إليه بعض أحكام المحاكم في هذا الصدد من عدم اعترافها بحرية العقيدة ، وبالتالي عدم تطبيق النتائج التي تترتب على تخلف شروط تطبيق شريعة غير المسلمين . ففي قضية ذكرت الزوجة في دعواها أنها اعتنقت العقيدة الفرعونية ، فأصبحت ملحدة (والواقع أنها أصبحت لا تدين بدين سماوي) بد أن كانت هي وزوجها مسيحيين من مذهب الكاثوليك ، وأنها لذلك تطلب التفريق بينها وبينه ، إجمالا لأحكام الشريعة الإسلامية لاختلاف مذهب الطرفين ، إذهبه الشريعة لا تسمح باستمرار الزواج بين الكاثوليكي والملحدة . ولكن المحكمة لم تنجها إلى ذلك ، حيث بينت أن حرية العقيدة لا يكون إلّا في حدود الأديان السماوية ، وبالتالي فإن انحراف الزوجة إلى غير دين أو عقيدة أو ملة أو ديانة لها أصول وشرائع ، يؤدي إلى القول ببقائها على ملتها الأصلية والتي كانت تتعد فيها مع زوجها ، فتطبق شريعتها الدينية ، خاصة أن الدول المتدنية لم تنظم شريعة تنطبق على الملحد . والواقع أن تقييد المحكمة بأن تكون حرية العقيدة في حدود الأديان السماوية يتعارض مع فكرة حرية العقيدة ، وقد أثرت الشريعة إمكان وجود من لا يدينون بدين سماوي ، مما دعا فقهاءها إلى تنظيم صلاتهم بالمسلمين في العلاقات الزوجية (أنظر الدكتور محمد يوسف موسى ، السابق ط ١ بند ١٧٥ ص ١٢٤) وبغضاه عن هذا فإنه إذا ما سلم . أن الزوجة قد اتخذت إجراءات التعيين إلى العقيدة الجديدة ، وصارت مختلفة مع زوجها في الديانة والملة ، فإن الشروط التي يستلزمها القانون لن تتوافر ، وبالتالي تطبق الشريعة =

ويعتينا في هذا الصدد الشريعة المسيحية والشريعة اليهودية . وقد تفرق أنصار كل من الشريعتين إلى مذاهب وطوائف ، سنعرض لها بإيجاز في كل منهما ، ثم نبين إلى أى مدى قامت تلك المذاهب والطوائف المتعددة في مصر حتى فجر إلغاء جهات القضاء الملى فيها . وسنبداً أولاً بتحديد الطوائف في الشريعة المسيحية ، ثم بعد ذلك نعرض لها في الشريعة اليهودية .

أولاً : الطوائف المسيحية :

٢٩ - الفصل الكنيسة المصرية : بدأت المسيحية ملة واحدة ، نمت وانتشرت على أثر الاضطهاد اليهودي لها . فقد كانت الديانة اليهودية هي الديانة القائمة حين ظهور المسيحية ، وكان ذلك الاضطهاد من العوامل التي ساعدت على انتشار المسيحية في أرجاء الامبراطورية الرومانية ، كما أنه كان من العوامل التي ساعدت على قيام الترابط وقوية الإخاء الروحي بين الجماعات التي اعتنقت المسيحية والتي تناثرت في أرجاء الامبراطورية .

وفي سنة ٣١٣ ميلادية أصدر الامبراطور قسطنطين قانوناً أباح فيه حرية الاعتقاد ، فكان لهذا القانون أثره في تدعيم نظام الكنيسة التي جعلت لدائرة كل مدينة أسقفاً ، ولكل مجموعة من المدن أسقفاً أكبر ، وجعلت هناك كبيراً للأساقفة مقره عاصمة الولاية ، وهو نظام استمد من النظام الإداري الذي كان متبعاً في الدولة الرومانية .

== الاسلامية ، أنظر تفصيل الحكم في خفاحي وروائع ، السابق ، ص ١٨٧ - ١٨٨ وهو صادر من دائرة الأحوال الشخصية للأجانب في ١٢/٥/١٩٥٨ رقم ١١٨ ص ١٩٥٧ كلى . وانظر كذلك حكماً صادراً من محكمة الزم للجزئية في ١١/٨/١٩٥٨ رقم ٨٧٥ سنة ١٩٥٧ في المرجع جز ٢ لصالح حتى رقم ٢٩٨ ص ٢٢٦ وقد عدد هذا الحكم الأديان البائدة ، وقرر أن « البائية ليست من الأديان المتعرف بها ، وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية يؤدي إلى بطلان الزواج إذ الشريعة الاسلامية تشترط في عقد الزواج أن يكون للزوجين مبة يقران عليها » .

وقد قامت العلاقة بين كنائس الولايات على أساس المساواة . ولم يكن هناك خلاف بينها في العقائد . ويمكن القول بصفة عامة أن الكنائس المسيحية قد ظلت متحدة في سائر عقائدها حتى القرن الخامس ^(١) . إلا أنه في ذلك القرن نشأ خلاف بينها حول طبيعة المسيح عليه السلام ، إذ ظهر مذهب جديد عرف بمذهب اليعقوبيين نسبة إلى الأسقف المسمى « يعقوب البرادعي » أسقف الرها (محله الآن أورفا في جنوب تركيا) . وقد نادى هذا المذهب بالطبيعة الواحدة للمسيح (monophysisme) وهي الطبيعة الإلهية ، وأنكر المذهب الذي كان سائداً حتى ذلك الحين ، والذي كان يقول بالطبعتين للمسيح : الطبيعة الإلهية والطبيعة البشرية . وقد كان ظهور المذهب الجديد سبباً في انقسام المسيحيين إلى فريقين فريق يؤمن بالطبيعة الواحدة للمسيح وفريق يؤمن بالطبعتين . وقد اعتنق المذهب الأول أهل الشرق عموماً ، وهم أقباط مصر والأرمن والسريان ، أما أهل الغرب وهم الروم واللاتين (أهل إيطاليا) فقد بقوا على مذهب الطبيعيين ^(٢) .

وقد كان الخلاف حول طبيعة السيد المسيح مناسبة انتهزها المصريون ، فرفضوا أن يخضعوا لقرار مجمع خلقيدونية (Concile de Chalcedoine) سنة ٤٥٢م والذي كان يقضي بعزل « ديوسكور » (Dioscore) بطريرك الاسكندرية ، كما أعلنوا إنكارهم لقرارات المجمع بشأن الطبيعتين ، لخالفته للعقيدة الدينية . وصارت الطبيعة الواحدة هي مذهب غالبية المصريين . وبذلك ظهر تمحدي الكنيسة المصرية لكنيسة روما والقسطنطينية معاً ، وأعلنت الكنيسة المصرية انفصالها وتبعا عامة المصريين ، ولم تفلح وسائل الشدة التي استخدمت لإعادتهم إلى الكنيسة الرسمية ^(٣) .

(١) وقد ظهرت قبل ذلك الحين مذاهب لم يكتب لها البقاء طويلاً .

(٢) أحد صفوت : المرجع السابق ، ص ٣ - ٤ .

(٣) أنظر في هذا المعنى : « دونغلييه » ، « دوكليرك » .
Jean Dauvillier et Carlo de Clercq : Le mariage en droit canonique oriental, 1936, P. 22.

على أنه إذا كانت ظروف الانفصال قد هيئت بمناسبة مجمع خلقيدونه ، فإن أسبابه الحقيقية ترجع إلى نزعة قومية ظهرت على أثر التوتر بسبب الاضطهاد الذى حدث فى مصر ، وبسبب التصف الاقصادى والادارى الذى كان واقعاً عليها . وكان مجمع خلقيدونه هو المناسبة التى تحرك بسببها ما فى الصدور ، فقرر انفصال الكنيسة المصرية . وأعلنت كنيسة روما أن الكنيسة المصرية قد انشقت عن التعاليم الصحيحة للدين المسيحى ، كما أعلنت الكنيسة المصرية من جانبها أنها على حق وأن كنيسة روما هى المخطئة ، وصمم الفريقان على موقفيهما حتى الآن ^(١) .

ومنذ ذلك الحين عرفت الكنيسة المصرية بالكنيسة القبطية الارثوذكسية وتبهما فى الانفصال بعد ذلك أهل الشرق الذين دافعوا عن مذهب الطبيعة الواحدة للمسيح . وهم - كما قدمنا - الارمن والسريان . كما أنشأوا كنائس أرثوذكسية مستقلة لهم . وبقي أهل الغرب وهم - كما رأينا - الروم واللاتين على مذهب الطبيعيتين الذى قرر رسمياً للكنائس الغربية فى مجمع خلقيدونه ، إلى أن حصل الانشقاق الكبير ، كما سنرى بعد قليل .

ولما انفصلت الكنيسة المصرية ، استقلت بأمورها الدينية والادارية ، وجعلت لغة العبادة فى كنائسها اللغة القبطية بعد أن كانت اليونانية ، واتخذ مقر كرمى الرئاسة الدينية فى الاسكندرية ، والى كانت كنيستها من أقدم الكنائس بعد كنيسة روما ^(٢) .

٣٠ - الانفصال بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية - الارثوذكسية والكاثوليكية : على أنه إذا كان انفصال الكنيسة المصرية قد تم على أثر

(١) تادرس ميخائيل تادرس : شرح الأحوال النخبة لمصرين النير مسالين ، الطبعة الأولى ١٩٥٦ ص ٢٦ - ٢٧ .

(٢) وكلاهما قد تقرر رسمياً فى مجمع نيقية (٢٢٥) بأ - الاسكندرية تعتبر فى المرتبة الثانية بعد كنيسة روما .

الحلاف الذى قام حول طيعة المسيح ، فان النزاع قد بدأ يدب بين الكنيسة الشرقية فى القسطنطينية والكنيسة الغربية فى روما . إلى أن انتهى الامر بينهما بانفصال كل منهما عن الاخرى فى القرن الحادى عشر ، وترجع أسباب الانفصال إلى ما قبل ذلك .

قد كانت كنيسة روما أقدم الكنائس ، وبمدها الاسكندرية ، وأنطاكية وأورشليم ، ثم القسطنطينية . وكانت مكانة أسقف القسطنطينية تعتبر فى المقام الثانى بعد أسقف روما . ويرجع ذلك إلى سنة ٣٨١ حينما عقد مجمع بالقسطنطينية قرر فيه إعطاء كنيسة القسطنطينية المكان الثانى بعد كنيسة روما . وفى مجمع خلقيدونية سنة ٤٥١ أعطى أسقف القسطنطينية الولاية الفعلية على بعض الاسقفيات (أو الأبرشيات) للبلاد المجاورة . ولقب نفسه بالبطريرك ، بل والبطريرك المسكونى (Oecuménique ، أى فى العالم المسكون) . ومن هنا كان ادعائه بنشر سلطانه على الشرق أجمع ، شأنه فى ذلك شأن سائر الأباطرة البيزنطيين^(١) . ولقد كان لهذا الموقف أثره فى بنور الشقاق بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية ، فاتخذ الحلاف على الرئاسة بين الكنيستين صورة الحلاف المذهبى ، ونبت كل كنيسة إلى الأخرى أنها حادت عن الطريق السوى . وإذا كان أسقف القسطنطينية قد طالب بأن يكون هو الرئيس الأعلى للمسيحية فى العالم المسكون ، فان هذا قد لقي معارضة شديدة من كنيسة روما التى كانت ترى أنها كنيسة بطرس الرسول ، وأن البابا خليفة ، وأن الرئاسة الدينية لا تكون إلا لها . وقد بلغ الشقاق بين الكنيستين أشده فى القرن الحادى عشر إلى أن تم الانفصال الكبير بينهما عام ١٠٥٤ . واعتبرت كل منهما نفسها أنها أرثوذكسية (أى ذات رأى المستقيم) وكاثوليكية (أى جامعة) . ولكن

(١) أنظر : « دونيليه » و « دوكليرك » J. Dauvillier - C. De Clerq. المرجع السابق ، ص ١٠ .

في الواقع غلبت تسمية الأرثوذكسية على الشرقيين جميعاً ، وتسمية الكاثوليكية على كنيسة روما ^(١) .

٣١ - ظهور المذهب البروتستانتي : على أنه إذا كان العالم المسيحي قد انقسم إلى قسمين كبيرين هما الأرثوذكس ، ويتبعون الكنيسة اليونانية (أو البيزنطية) والكنيسة المصرية ، والكاثوليك ويتبعون كنيسة روما ، فقد استمر الوضع كذلك حتى القرن السادس عشر . إذ في خلال هذا القرن ظهر مذهب ثالث هو المذهب البروتستانتي . وقد ظهر هذا المذهب في ألمانيا حيث نادى به الراهب الألماني «مارتن لوتر» ، وانتشر في الشرق خلال القرن التاسع عشر عن طريق المرسلين الأمريكان ، وتبعه أنصار من المسيحيين على اختلاف طوائفهم .

(١) أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٤ .

ومن ذلك يتضح لنا أن التسمية إلى أرثوذكسية وكاثوليكية ، إذا كان يرتبط بالانقسام بين الشرق والغرب حول الرئاسة الدينية ، فإن الخلاف بينهما على هذه الرئاسة قد اتخذ صورة خلاف مذهبي . ولعل هذا الخلاف هو الذي اتخذ أساساً لقيام كل من المذهبين الأرثوذكسي والكاثوليكي ، وليس الخلاف حول طبيعة السيد المسيح . وإذا قيل بأن الأرثوذكسية مذهب ، فإنه ينبغي أن يفهم على هذا النحو ، فهو مذهب أهل الشرق عمومًا والكاثوليكية مذهب أهل الغرب عمومًا ، مع مراعاة موقف الكنيسة المصرية من قبل ، ذلك رغم ما نجد يكون هناك من خلاف على بعض مسائل العقيدة بين أتباع المذهب الأرثوذكسي الذين كانوا يتبعون الكنيسة الشرقية ، كاتباع بعضهم لمذهب النورية الواحدة للمسيح ، واتباع بعضهم لمذهب الطيستين كلروم . فالمعبرة إذن بالنسبة للكنيسة النورية أو الشرقية ، ولذلك نجد أن من انقسم بعد ذلك على الطوائف الشرقية واتبع الكاثوليكية كالأقباط الكاثوليك مثلاً صاروا تابعين من حيث الرئاسة الدينية لروما ، بعد أن صاروا كاثوليك . والأخذ بهذا النظر يعملا لانتواض على ما نتج إليه البعض من القول بأن الأرثوذكسية ليست مذهباً (أنظر في ذلك الدكتور إهاب إسحاق في مؤلفه (أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول ١٩٦٢ ص ٢٩ وما بعدها) .

وهذا المذهب ، لا يعترف برئاسة دينية ، ولا يرى في رجال الدين ، وعلى رأسهم البابا ، إلا رجلا عاديين اختيروا لتمثيل الشعب وقيادته ، فلا يمكن منح الغفران . وإنما يمنح الله الغفران لمن تاب وندم على خطيئته . ويبيح هذا المذهب لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه ، فهو يقوم على إتاحة المناقشة والجدل فيما ورد في الكتب المقدسة ، ومن هنا تعددت شيعه ، وإن كانوا في مصر يعتبرون طائفة واحدة وهي طائفة الانجيليين الوطنيين ^(١) .

٣٢ - اتباع المذاهب المسيحية الثلاثة في مصر : وما سبق يتبين لنا أن العالم المسيحي قد اقسم إلى ثلاثة مذاهب أو ملل كبرى هي : الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية : وقد وجدت هذه المذاهب الثلاثة في مصر واقسم أنصار كل منها فتعددت بذلك طوائفهم .

أما عن المذهب الأرثوذكسي فقد اندرج تحت لوائه الكنيسة القبطية ، وكنيسة الأرمن والسرمان (أهل سوريا) (وهي الكنائس التي تعتقد بالطبيعة الواحدة) ، وكنيسة الروم (اليونانيين Grecs) . وهؤلاء يكونون الطوائف الأرثوذكسية .

أما عن المذهب الكاثوليكي ، فقد اعتنقه فريق من المسيحيين التابعين للكنائس الأرثوذكسية الأربعة السابقة ، وهم من القبط والأرمن والسرمان

(١) أحمد مهنوت ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

ومن ذلك رأى أنه إذا كان المذهب الأرثوذكسي قد انتشر بصفة عامة في الشرق والمذهب الكاثوليكي قد انتشر بصفة عامة في الغرب ، فإن المذهب البروتستانتي قد انتشر هو الآخر في الغرب وخاصة في ألمانيا وبلدان أوروبا وأنجلترا وأمريكا ، على أنه إذا كانت تلك المذاهب الثلاثة قد سادت بصفة عامة على أساس التوزيع السابق ، فإنه قد وجد أنصار لكل مذهب في البلاد الخلفاء سواء في الشرق أو في الغرب ، وهذا ما يتبين لنا مثلا في مصر حيث يوجد مسيحيون يتبعون المذاهب الثلاثة وإن كانت الغالبية من بينهم تتبع المذهب الارثوذكسي .

والروم ، الذين ارتدوا عن المذهب الأرثوذكسى وعادوا إلى الكاثوليكية ، وخاصة بعد الحروب الصليبية . وقد بقى هؤلاء المرتدين محتفظين بمجسباتهم الأصلية ، ومنهم نشأت الطوائف الكاثوليكية الشرقية وهم القبط والأرمن والسرمان والروم . وإلى جانب هؤلاء المرتدين عن المذهب الارثوذكسى ، دخل أتباع آخرون فى المذهب الكاثوليكي وهم الموارنة (أهل لبنان) واللاتين (وهم كاثوليك الغرب من القدم الذين لم يشايخوا الكنيسة الشرقية ، ومن نزح من الغرب إلى الشرق أثناء الحروب الصليبية وبعدها واستوطنوا سواحل الشام مع من انضم اليهم من الشرقيين) ، والكلدان (من أهل العراق)^(١) : وهؤلاء جميعاً يكونون الطوائف الكاثوليكية .

وأما عن المذهب البروتستانى ، فقد اعتبر أتباعه فى مصر - رغم تعددهم - طائفة واحدة هى طائفة الانجيليين الوطنيين ، كما قدمنا^(٢) .

هذه هى الطوائف المسيحية التى وجدت فى مصر عند صدور القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ . ويتبين لنا أن المسيحيين يتحدثون من حيث الديانة ، فديانتهم جميعاً المسيحية ، ولكنهم مع ذلك قد يختلفون من حيث المذهب أو الملة . كما أنهم قد يتحدثون من حيث الدين والملة ، ولكنهم يختلفون من حيث الطائفة . وعلى ذلك يمكن أن يكون المسيحي المصرى أرثوذكسياً أو كاثوليكياً

(١) أحد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٤ .

(٢) وفيما يتعلق بإنشاء هذه الطائفة فى مصر ، ينظر : فيليب جلاذ ، المرجع السابق ؛ الجزء ٥ ص ٤١٩ وما بعدها . وكذلك : أحمد صفوت : المرجع السابق ، الفصل الرابع عشر ص ٨٣ .

أما بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية والطوائف الكاثوليكية فيمكن الرجوع بشأنها إلى ما أورده الأستاذ أحمد صفوت فى الفصل الماشر وما بعده من كتابه السابق .

أو انجيلياً . وإذا كان أرثوذكسيا فقد يتسنى إلى طائفة الأقباط أو إلى طائفة الأرمن . .

ويزاعى بالنسبة للقبط أن طوائفهم مستقلة بعضها عن بعض . وللقبط والروم رئاسة عليا في مصر . والرئاسة العليا للأرمن في اشمازين ببلاد القوقاز ، ورئاسة السريان في دير الزعفران بماردين من أعمال تركيا . أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية فكلها تتبع الرئاسة الدينية في روما . وأما البروتستانت فلم في كل قطر رئاسة مستقلة^(١) .

ثانياً : الطوائف اليهودية :

٢٣ - انقسام اليهود - القرائن والريانيون : بدأت اليهودية ، كما بدأت المسيحية ، ملة واحدة ، جاء بها موسى عليه السلام ، والكتاب المنزل لشرعته هو التوراة . ظل أبناء هذه الديانة وحدة واحدة من حيث المذهب ، حتى القرن الثامن الميلادي ، أي بعد ظهور الشريعة الموسوية بزمن كبير ، حيناً انقسموا وظهر مذهب جديد هو مذهب القرائن إلى جانب المذهب الأصلي وهو مذهب الريانيين ، وأنصار هذا المذهب الأخير يكونون غالبية اليهود^(٢) .

ومنشأ الخلاف والاقسام بين الطائفتين هو (التلمود) وهو عبارة عن الأحكام الزائدة عما ورد في التوراة . فالريانيون (أو الريانون) يمتدنون بالتوراة وبالتلمود ويقولون إن الله لم ينزل على موسى التوراة وحدها ، بل إنه أنزل عليه أحكاماً أخرى أمره ألا يكتبها ، وإنما يبلغها شفويًا .

(١) أحد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٢) أنظر في هذا الموضوع : مراد فرج في كتابه بعنوان « القرائن والريانون » . وانظر كذلك مقدمة كتاب « شارح الحفر في الأحكام الشرعية الإمبراطورية للقرائين تأليف العلامة إلياهو بشياص » ، تريب وشرح الأستاذ مراد فرج ، ١٩١٧ ، حيث تنفى المذهب ألا يكون هناك ما يفرق بين اليهود الريانيين والقرائين من اختلاف المذهب (ص ١) .

وقد ظلت هذه الأحكام الأخرى غير مدونة يتناقلها الخلف عن السلف كالسنة والاجماع في الاسلام ، حتى دوت . ذلك أن بنى إسرائيل حينما قهروا وتشتوا وضاعت كتبهم وهلك علماؤهم ، خشي بعضهم على اندثار شريعتهم ، خوفا على التوراة الشفوية من الضياع قام الأبحار بتدوينها ، فأخرجوا كتاباً اسمه « المشنا » . وللبانيين في هذا الكتاب اعتقاد خاص بهم دون القرائين ، هو أنه سنة تواترت عن النبي عليه السلام أوحى به إليه في جبل سينا مدة الأربعين يوماً التي قضاها به كما أوحيت إليه التوراة الشفوية، وأنه أمر ألا يكتبه وإنما يبلثه شفياً ، ولهذا فهو يعرف عندهم بالتوراة الشفوية ، ويقولون إن التوراة اثنتان : إحداها المعروفة والثانية « المشنا » وقد سميت كذلك بمعنى الكتاب الثانى ، لأنه الكتاب الثانى بالنسبة إلى التوراة^(١) .

وقد تناول أبحار اليهود « المشنا » بالشرح والتعليق ، ثم دوت شروحم وتعليقاتهم وما قالوا به من ترجيح لآراء الأبحار في كتاب « الجراء » بمعنى التكملة والاتمام ، إذ أنه آتم وأوفى ، وقد كان هناك الفلسطينين و « جراء » العراقيين . ويطلق على « المشنا » و « الجراء » اسم التلمود . وعلى ذلك ، إذا ذكر « الجراء » قصد به العمل الذى آتمه العلماء وأكلوه . وإذا ذكرت « المشنا » علم أنه المثنى دون الترجيح والشرح . وإذا ذكر التلمود صدق على الاثنين : « الجراء والمشنا » . فالمشنا أخص بالنسبة للجراء ، وهذا أخص بالنسبة إلى التلمود^(٢) .

والتلمود اثنتان : أورشليمى وضع فى أورشليم وضمه الفلسطينيون ، وبابلى وضعه العراقيون ، والاول أسبق وأقدم والجراء فيه ليست كاملة . ويختلف المشنا

(١) مراد فرج : التراوون والربانيون ، ص ٣٦ وانظر ايضا ص ٤٢ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٦ .

في التلمودين عن الآخر في كثير من المواضع . ويقال تلمود أورشليم إذا كان مؤلفا من المشنا وجراه فلسطين ، وتلمود بابل إذا كان مؤلفا من المشنا وجراه العراق . والبابلي أوسع وأكبر لكثرة مباحثه ، وإليه الرجوع غالباً^(١) .

هذا هو مذهب الربانيين ، ومنه تبين أنهم يؤمنون بالتوراة الأصلية وبالتلمود وهو عندهم التوراة الثانية التي لم تدون عند نزولها حتى قام الأجبار بتدوين أحكامها على النحو الذي فصلناه .

أما القراؤون فهم طائفة خرجت على التوراة الثانية ، ولا يعتقدون إلا بالتوراة الأصلية فقط^(٢) . ويذهب القراؤون إلى أن الله سبحانه وتعالى لم ينزل على موسى عليه السلام غير التوراة . وهذا هو منشأ الخلاف بينهم وبين الربانيين . قال ربايون يعملون بالتلمود ويتقيدون به خلافاً للقرائين ، « فان طريقتهم هي دائماً من واقع نصوص التوراة وحدها وتفسيرها وشرحها بالادلة العقلية والقواعد العلمية ، مع استعمال القياس واتباع الاجماع فيما لا يخالف الكتاب . وهم في ذلك مجتهدون غير مقيدين ؛ إذ أنهم لم يقيدهم أحد كما قيد الربانون بعقيدتهم في المشنا وإحرام علماء التلمود إياهم شرعاً إذا خالفوهم »^(٣) . فالاجتهاد غير مقفل بالنسبة للقرائين ،

(١) المرجع السابق ، ص ٣٩ . وأنظر أيضاً مقدمة الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائيليين تأليف «حاي بن شمعون» سنة ١٩١٢ ص و - زمن المقدمة .

(٢) وقد سبوا كذلك لاقتصاصهم على المقرأ أى ما يقرأ فيه وهو التوراة دون التلمود ، ودون التنيذ به (مراد فرج ، المرجع السابق ص ٤٩) .

(٣) مراد فرج : المرجع السابق ص ٤٢ - ٤٣ .

وليس معنى إنكار القرائين المشنا أو التلمود أنه محرم عليهم شرعاً وجوبهم إليه واعتقادهم عليه ، ل المعنى هو أنهم لا يؤمنون به ، بل رأوا أنه شرع وتفسير من وضع العلماء وقتئذ ، على التوراة ، بخلاف الربانيين الذين يذهبون إلى أنه - أى كالتوراة (المرجع السابق ص ٤٧ - وأنظر أيضاً ص ٦٤ - ٦٥ من نفس المؤلف - وأنظر كذلك في أسباب عدم إيمان القرائين بالتلمود ص ٥٣ - - من نفس المؤلف) .

كما هو الشأن بالنسبة للربانيين الذين قيدوا بالتهود^(١).

هذان هما المذهبان اللذان تقسم إليهما الشريعة اليهودية : فهناك القراؤن والربانيون . ولم يقسم القراؤن وإنما اقسام الربانيون إلى فريقين : «السفرديم» و «الاشكنازيم» . فكل يهودى عند الربانيين إما «سفردى» وإما «اشكنازى» ويوجد بين الفريقين خلاف على بعض المسائل^(٢).

ولكن اقسام الربانيين إلى فريقين على النحو السابق لا أثر له الآن ، لأن كليهما ربانيون ، وطائفة الربانيين في مصر حاخامها من «السفارديم»^(٣) . وعلى ذلك فاليهود يكونون فريقين ، فريق القرائين ، وفريق الربانيين . وقد وجد في مصر طائفة لكل منهما .

٣٣ - خاتمة الفصل الثانى - حصر الطوائف التى كانت قائمة عند صدور القانون رقم ٤٦٢ : رأينا فيما سبق كيف أن المسيحيين واليهود قد اقساموا إلى مذاهب وطوائف متعددة . ويمكننا فى هذا الصدد أن نقرر أن الطوائف التى كانت موجودة فى مصر حين صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ كانت موزعة على النحو الآتى :

فمن الطوائف الارثوذكسية كان هناك أربع طوائف : (١) طائفة الاقباط الارثوذكس : ويتبعون الكنيسة المصرية وهم أكبر الطوائف بين غير المسلمين من حيث العدد ، ومن أصل مصرى . وقد رأينا أنهم قد انفصلوا منذ القرن الخامس حينما قام الخلاف حول طبيعة المسيح ودانوا بالطبيعة الواحدة . ولقد

(١) انظر توضيح ما يقرب على ذلك بمقدمة شارالحضر ، المرجع السابق ص ١-٣

(٢) انظر مراد فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ؛ وكذلك : احمد صفوت المرجع السابق

ص ١٠٠ - ١٠١ .

(٣) انظر احمد صفوت المرجع السابق ص ١٠١ وكذلك ص ١٠٢ وما بعدها .

اعتق المسيحيون المصريون المسيحية في القرن الأول الميلاد . دعاهم إليها القديس « مرقس » صاحب الانجيل المسمى باسمه ، ولقد كانت الاسكندرية مقر الرئاسة الدينية لهم ، وتعد كنيستها من أقدم الكنائس بعد كنيسة روما ، كما قدمنا .

وفي ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ صدرت لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الاقباط الارثوذكس ، وعدت فيما بعد بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٠٨ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩١٢ . وفي سنة ١٩٢٧ أعيد العمل بلائحة ١٨٨٣ . وفي سنة ١٩٢٠ وضعت لائحة داخلية لمجالس الطائفة ، صدق عليها من وزارة الداخلية في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠^(١)

٢ - طائفة الأرمن الارثوذكس : وأنصار هذه الطائفة يدينون بالطبيعة الواحدة . ولهم رئيس بدرجة « رئيس أساقفه » لانه تابع لبطرك الآستانة .

٣ - السريان الارثوذكس : وهم يدينون أيضاً بالطبيعة الواحدة مثل الاقباط الارثوذكس ، ولا يختلفون عنهم في العقائد الدينية ، ويبدو أنهم كانوا تابعين للاقباط الارثوذكس في قضائهم إلى عام ١٩١٣ حينما أنشئت لهم وكالة بطريركية . وعددهم في مصر قليل^(٢)

٤ - الروم الارثوذكس : والروم في الاصل أهل الامبراطورية الرومانية التي اقسمت إلى مملكتين : الغربية وعاصمتها روما ، والشرقية وعاصمتها القسطنطينية . وكانت المملكة الشرقية - ويسميا العرب مملكة الروم - تشمل بلاد الشرق ومنها مصر . وفيما بعد أصبحت كلمة روم مرادفة لكلمة يونان وصارت اليونانية

(١) أنظر المرجع المشار اليه في الهامش السابق ، ص ٧٥ وما بعدها ، وكذلك (مينا)

Messina في مؤلفه بعنوان :

Traité de droit civil égyptien mixte. t. III P, 100 et s.

(٢) أنظر . احمد صنوت : ص ٧٨ وما بعدها .

هي اللغة الرسمية ، وحلت محل اللغة اللاتينية^(١) . وإلى جانب اللغة اليونانية كانت هناك لغات أخرى في الاقطار غير اليونانية كالتبعية والسريانية .

وقد اتبعت طائفة الروم في مصر مذهب الطبيعيين . وكان لهم بطريرك في الاسكندرية . ويقال لهم أيضا ملكيين melchites أو melkites نظر الانتماءهم إلى مذهب ملوك الروم^(٢) .

والروم الأرثوذكس بطريرك بالاسكندرية . وتمتد ولايته على مصر وطرابلس الغرب والنوبة والحيشة ، وتمتد في الوقت الحاضر على كل القارة الافريقية . هذه هي الطوائف الارثوذكسية الموجودة بمصر . وقد رأينا أن كل طائفة من هذه الطوائف لها ما يقابلها من الكاثوليك . وبذلك وجدت أربع طوائف كاثوليكية ، يضاف إليها ثلاث طوائف لا مقابل لها بين طوائف الارثوذكس . وعلى ذلك فإن الطوائف الكاثوليكية التي توجد بمصر موزعة على النحو التالي :

«(١) الأقباط ، وهم من أصل مصري (٢) السريان ، من أصل سوري (٣) الأرمن ، من أصل أرمني (٤) الروم ، وهم في الغالب من أصل غير مصري . وهذه هي الطوائف التي لها ما يقابلها من الطوائف الارثوذكسية (٥) الموارنة ، من أصل لبناني (٦) الكلدان ، من أصل عراقي (٧) اللاتين ، من أصل أوروبي .

أما البروتستانت ، فهم على الرغم من تعدد طوائفهم من حيث الواقع ، إلا أنهم يعتبرون في مصر طائفة واحدة ، هي طائفة الانجيليين الوطنيين .

(١) المرجع السابق ، ص ٦٤ وما بعدها ، وصينا : المرجع السابق ، جزء ٢ ص ١٠٥ .

جوما بعدها .

وتوجد في طور سينا كنيسة الروم الأرثوذكس ، ولكنها مستقلة عن كرسي الاسكندرية وتمتد ولاية رئيسها - وبلقب برئيس الأساقفة - على الرهبان القديسين في دير القديسة كثرينا بجايليل وعلى بعض الأعراب المسيحيين الذين يظنون أرض الدير .

هذه هي الطوائف المسيحية التي وجدت بمصر عند صدور القانون ٤٦٢ وعددها اثنتا عشرة طائفة، فإذا ما أضيف إلى تلك الطوائف طائفتا اليهود (الربانيون والقراون) كان مجموع طوائف غير المسلمين من المصريين أربع عشرة طائفة . وقد كان لكل طائفة منها جهة قضاء خاصة للفصل في مسائل الأحوال الشخصية. وإذا كانت جهات قضائها قد ألغيت إلا أنه يتعين الآن تطبيق الشرائع الدينية لاهل هذه الطوائف إذا توافرت شروط تطبيق تلك الشرائع أمام المحاكم العادية.

الفصل الثالث

ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين

من المصريين

(مصادر الشريعة المسيحية واليهودية)

٣٥ - الخلاف حول ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين :

إذا كنا قد حددنا فيما سبق ما يعتبر من الأحوال الشخصية ، وبيننا الطوائف التي انقسم إليها غير المسلمين من المصريين ، فلم يكن ذلك إلا توصلا لتطبيق شريعتهم التي استازم القانون تطبيقها في مسائل الأحوال الشخصية . ف نطاق تطبيق الشريعة الخاصة بكل طائفة يقتصر فقط على ما يعتبر من الأحوال الشخصية طبقا للتحديد الذي سبق لنا بيانه . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن الشريعة الخاصة لا تنطبق إلا على أفراد الطوائف السابقة في منازعاتهم الخاصة بالأحوال الشخصية ، إذا توافرت شروط معينة سنعرض لها بعد قليل . ولذلك كان علينا أن نحدد ما يعتبر شريعة عندهم ينبغي تطبيقها في هذا الصدد . فهل نطبق ما ورد في الانجيل أو التوراة فقط خاصا بالأحوال الشخصية ، أم نأخذ أيضا بما ورد في المصادر الأخرى من أحكام ؟

ثار الخلاف حول هذا الموضوع عادة انتقال الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية إلى المحاكم العادية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ . ولعل أهم المسائل التي أثير بصدها الخلاف حول ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، كانت مسألة الطلاق لدى بعض الطوائف المسيحية . وقد ظهر هناك انجهاان في هذا الصدد حول ما يعتبر شريعة عندهم بصفة عامة . واتقسمت المحاكم إلى فريقين ، فريق

يقصر ما يعتبر شريعة عندهم على الكتب المنزلة فقط ، وفريق آخر يدخل في اعتباره مصادر أخرى إلى جانب الكتب السبوية .

٣٦ - الاتجاه الأول : قصر ما يعتبر (شريعة) عند غير المسلمين على ما جاء في الكتاب للقدس : أما عن الاتجاه الأول ، فقد أيدته فريق من المحاكم كان على رأسها محكمة قنا الابتدائية للأحوال الشخصية ^(١) حينما قضت بأن الانجيل وحده هو المصدر الذي ينبغي الرجوع إليه . قالت : « حيث إن أحكام الشريعة المسيحية مدونة في الانجيل ، وقد أشار في مواضع متعددة إلى رابطة الزوجية فوصفها بأنها رابطة مقدسة ، وهي سر من أسرار الكنيسة السبعة ، وحرم على بنى الانسان التعرض لها أو حل عقدها ، لأن ما جمعه الله لا يفرقه إنسان ، وقد ورد على لسان السيد المسيح « وقيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاق وأما أنا فأقول لكم إن من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها ترفى . ومن يتزوج بطلقة فإنه يزنى » ... ^(٢) كما ورد في رسالة بولس الرسول الأولى إلى أهل كورنثوس « أما المتزوجون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة زوجها ، وإن فارقه فلتلبث غير متزوجة أو لتصلح رجلها . ولا يترك الرجل امرأته » .

« وحيث انه من العجب ، بل البالغ في العجب ، أن بعض القوامين على الدين من رجال الكنيسة وأعضاء المجلس الملى العام ، وقد سايروا التطور الزمنى ، فاستجابوا لرغبات ضعفى الايمان ، فأباحوا الطلاق لأسباب أخرى

(١) حكم فى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ المحللة س ٣٧ رقم ١١٠ ص ١٩٩

(٢) وأشار المحكم بد ذلك إلى إنجيل متى ، الاصحاح الخامس ، الآيتان ٣١ و٣٢ وإلى ما ورد فى إنجيل متى كذلك ، الاصحاح ١٩ الايات من ٢ إلى ١١ ، وإلى إنجيل مرقس ، الاصحاح العاشر ، الآية رقم ١١ .

لا سند لها من الانجيل ، وإنما استمدت من أحكام القانون الرومانى وقت أن اعتنقت الدولة الرومانية الديانة المسيحية ، فأبقت على بعض شرائعها ، وكذلك نقلت عنه الحكومة الفرنسية بوصفها حكومة مدينة وزواجها مدنى ، فطبقتها المحاكم المالية الملقاة ردها من الزمن ، متناسية أن أحكام الانجيل تحرم الطلاق فيها ، وهى أحكام منزلة وضمت لمختلف الأجيال فلا يصيبها البلى ولا القدم ، حتى يسوغ القول بأن تطبيقها يحافى مدينة هذا العصر .

وحيث ان المجمع المقدس والمجلس الى العام وضعا مشروعا لقانون الأحوال الشخصية للأقباط لأرثوذكس ، أفرد فيه الفصل الأول من الباب الثانى منه لأسباب الطلاق وعددها فى المواد من ٤٨ إلى ٥٣ . . (١) .

وحيث انه لا مساغ للجدل فى أن ما مذهب إليه هذا المشروع من آراء ومبررات ، فيما خلا النص على إجازة الطلاق لعة الزنا ، لا يمت بصلة إلى أحكام الانجيل ، وهى سند الأقباط الوحيد فى تنظيم أحكام رابطة الزوجية المقدسة . وقد أنصفت الحكومة بعدم تصديقها على هذا المشروع والنص فى قانون إلغاء المحاكم المالية على أن الفصل فى منازعات المصريين غير المسلمين يكون طبقا لشريعتهم ، وحكم الشريعة المسيحية قاطع فى أنه غير جائز إلا لعة الزنا . ورتب على زواج أحد المطلقين بأنه زواج مدنى ، بل هو الزنا بعينه .

وحيث أنه متى كان كذلك ، فإن المحكمة لا تستطيع وقد نيط بها تطبيق أحكام الشريعة المسيحية مسaire المدعية فيما تطلبه من طلاق تستند فيه إلى الاعسار ، وهو سبب لا يمت إلى علة الزنا بصلة من أى نوع كانت ، فضلا عن أن الاعسار أمر طارىء قد يزول فى أى وقت بزوال سببه ، أما رابطة الزوجية

(١) وقد أورد الحكم نصوص المواد من ٤٨ إلى ٥٣ .

فإنها إذا انفصلت يستحيل عقدها ولا يمكن أن يعلق عليها على ظرف طارىء...». هذا هو ما قضت به محكمة قنا. وقد عادت المحكمة فأخذت بنفس ما قضت به هنا في دعوى أخرى طلب المدعى فيها الحكم بتطليق زوجته بسبب نشوزها الذى ترتب عليه افتراقهما مدة طويلة. وبسبب تعديها عليه^(١). ثم صدرت بعد ذلك أحكام أخرى من غير محكمة قنا أخذت بما اتجهت إليه هذه المحكمة فى حكمها السابقين^(٢).

(١) الحكم فى ١ - ٥ - ١٩٥٦ فى القضية رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٦ وقد أشار إليه إهاب إسماعيل فى كتابه : شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية ، الطبعة ١ سنة ١٩٥٧ ص ٢٤ - ٢٥

(٢) فمن ذلك حكم محكمة استئناف الاسكندرية ، الدائرة الثانية أحوال شخصية فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ فى القضية المقيمة بالجدول السوى تحت رقم ٤٩ سنة ١٢ فى ملى (غير منشور). وقد جاء فى هذا الحكم : « وجب إن الشريعة المسيحية ، وهى الأحكام الواجب تطبيقها فى هذه الدعوى عملاً بالمادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بأناء المحاكم الملية ، مدونة فى الإنجيل المقدس وقد حرم فيها الطلاق تحريماً باتاً . ولم يجزه إلا لعة الزنا ... أما قانون الأحوال الشخصية الذى يستند إليه المتأنف فى دعواه ، وهو القانون الذى وضعه المجمع المقدس والمجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس ، فلم تصدق عليه الحكومة وقد تضمن أسباباً بالطلاق لم ترد تصريحاً ولا تليحاً فى الإنجيل المقدس الذى هو سند المسيحيين. الوحيد فى أحكام و رابطة الزوجية ، ولم يجزها الرؤساء الروحانيون إلا لما يشهرون من أن لهم السلطان فى حل أى رابطة تحت على أيديهم ومنها الرابطة الزوجية ، حتى أنهم كانوا لا يقررون أحكام المجالس الملية الصادرة بالطلاق إلا إذا كانوا مشتركين فى إصدار هذه الأحكام . وحيث أن المحكمة وقد نيط بها تطبيق أحكام شريعة الطرفين ، وهى أحكام الشريعة المسيحية النافذة فى أن الطلاق غير جائز إلا لعة الزنا ، لا نستطيع مسابرة المتأنف فى طلبه من مطلق يستند فيه إلى الفرفة التى سعى إلى طالتها لأسباب واهية ، وهو سبب لا يعنى إلى طلة الزنا بصفة. فمن ثم يكون الاستئناف قد بنى على غير أساس ويكون المجلس الملى المتأنف فيها قضى به برفض دعوى الطلاق فى محله ويشين تأييده » .

ومن ذلك أيضاً حكم لمحكمة طنطا للأحوال الشخصية فى ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ منشور ضمن استئناف طنطا فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ ، المخاماة س ٢٧ رقم ٥٥٢ ص ١٢٩٤ ، وقد رفض المحكم تطبيق لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ، إذ أن شريعتهم قد تواترت نصوصها على مبدأ ألا طلاق إلا لعة الزنا .

هذا هو الاتجاه الأول الذى اتجهت إليه المحاكم فى تفسير المقصود بشرعية غير المسلمين . وإذا كان الموضوع قد عرض بمناسبة الطلاق فى الشريعة المسيحية إلا أنه يعبر عن وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه الأول فيما يعتبر شرعية عند غير المسلمين ، إذ هم يقصرون على ما جاء فى الكتاب المقدس . ومعنى ذلك أنه لا يلتفت إلى المصادر الأخرى غير الكتاب المقدس ، لأن هذا الكتاب هو الذى يعنيه المشرع بنصه على أن يكون الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية وفقاً « لشرعهم » فلا يلتفت إلى ما جرى عليه العمل فى المحاكم المليية قبل إلغائها ، لأن ما كانت تطبقه تلك المحاكم من قواعد لا يعتبر شرعية عندهم ، أى لا يدخل تحت مدلول عبارة « شرعهم » ، لمخالفة الأحكام التى كانت تلك المجالس تطبقها . كما يذهب أنصار هذا الاتجاه الأول — لما جاء فى الكتب السماوية ولأنه لم يصدر بها قانون من الهيئة الحاكمة فلا تلتزم بها المحاكم .

== وفى نفس المعنى حكم محكمة بنها الابتدائية (فى القضية رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٦ فى ٢١ يناير ١٩٥٧) (غير منشور) وقد رأت المحكمة ألا تأخذ بما تضمنه مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وضعه المجمع المقدس والمجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس ، الذى وضع أسباب الطلاق ، لأنه لم يصدق عليه من الحكومة ، ولأن هذه الأسباب لم ترد لا نصراً ولا تلميحاً فى الإنجيل ، ولم يجرها الرؤساء الرهبانيون إلا لما يتيرونه من أن لهم السلطان فى حل أى رابطة تمت على أيديهم ومنها الرابطة الزوجية ، فكانوا لا يقرنون أحكام الطلاق ما لم يكونوا مشتركين فى إصدارها .

وانظر فى هذا الاتجاه كذلك أحكاماً أخرى : المنيا الابتدائية فى ٢٨ فبراير ١٩٥٧ قضية رقم ١ لسنة ١٩٥٧ فى المرجع لصالح حتى ' جزء ٢ رقم ٦٥٩ ص ٥٠١ ، وكذلك استئناف الاسكندرية قضية ٥٠ ص ١٢ ق طى جلسة ٥ - ٦ - ١٩٥٦ - المرجع السابق . رقم ٥٩٢ ص ٤٥٣ . وقد عدلت المحكمة من هذا الاتجاه كما سترى فيما يلى . وكذلك استئناف أسيوط فى ٤ - ٥ - ١٩٥٨ الحامان س ٢٩ ص ١٥ رقم ٢٥ . وانظر فى غير ما وردت الإشارة إليه هنا أحكاماً أخرى أوردها الدكتور أحمد رفعت خلفاى والسيد/ رابع لطفى جمه فى مؤلفها قضاء الأحوال الشخصية ، ص ١٩١ - ١٩٤ .

٣٧ - الاتجاه الثاني : التوسع في النظر الى ما يعتبر (شريعة) عند غير المسلمين :

أما عن الاتجاه الثاني ، فهو ينظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين نظرية أوسع . فتشمل شريعتهم « ما ورد في الكتب السماوية وما أقره رجال الدين في فتاويهم الروحية ومجالسهم الدينية والقضائية والتي صارت عرفا استمد قوته من تطبيقه دوما طويلا . إذ لا يصح إهدار كل قيمة لما درجت عليه هذه المجالس وما أفنى به رجال الدين . ففقالدهم هذه جزء من شريعتهم التي أشارت إليها المادة السادسة ... »^(١).

وعلى ذلك فإن الاتجاه الثاني لا يقف عند الكتب السماوية فقط ، بل أنه يتوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين فيدخل فيها مصادر أخرى غير الكتب السماوية . وبجمل مما استقر عليه رجال الدين في فتاويهم وما استقرت عليه مجالسهم القضائية في أحكامها جزءا من شريعتهم لا يصح إغفاله .

وقد تأيد الاتجاه الثاني بأحكام كثيرة ، بل إنه يمكن القول الآن أن الاتجاه السائد في جميع المحاكم أصبح يتجه الى نفس هذه الوجهة . من ذلك مثلا محكمة استئناف طنطا ، فقد طبقت هذا الاتجاه إلى التوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين بمناسبة دعوى طلاق بين مسيحين ، حيث قررت أنه «رغم أن الشريعة المسيحية لا تعرف الطلاق ولا تميزه إلا لعل الزنا ، فإن قضاء هذه الشريعة بأحكام المجالس المليية قد درجت منذ أمد طويل على إباحة الطلاق لأسباب أخرى تقتضيها ضرورات البيئة والتطور الزمني . ولا مانع من الأخذ بهذه الأسباب متى توفرت لأنها أقرت من الهيئة الدينية العليا وأئمة الشريعة الأرثوذكسية وكبار رجالها »^(٢) .

(١) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ١٨ - ٣ - ١٩٥٦ في القضية رقم ٦٠٠

لنة ١٩٥٦ كلى القاهرة وقد أشار إليه إعاب إساعيل ص ٤١ من كتابه السابق .

(٢) استئناف طنطا في ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ المحاماة ص ٣٧ رقم ٥٥٢ ص ١٢٩٤ .
وقد ذهب أحكام كثيرة أخرى إلى هذه الوجهة وخاصة بالنسبة للطائفة الأقباط الأرثوذكس ، =

وإذا كان النظر إلى ما يعتبر مصدراً للشرعية المسيحية بصفة خاصة قد ذُهر
بمناسبة البحث في أسباب الطلاق وحالاته ، إلا أن الوضع يكاد يكون قد استقر
في المحيط القضائي في غير مسألة الطلاق ، على تطبيق القواعد التي أقرها المجموع

= فوسحت فيها مبرر شرعية مدم ولم تقتصر فقط على ما جاء في الكتاب المقدس ، وإنما طبقت
ما استقر عليه الوضع وما كانت تمتد إليه المجالس الملي في قضائها قبل إلغائها . ومن ذلك مثلاً
حكم محكمة استئناف القاهرة في ٦ مايو سنة ١٩٥٦ استئناف رقم ١٢٩ س ٧٣ قضائية
- غير منشور - وقد أشار إليه إهاب - إسماعيل في كتابه س ٤٢ ؛ أو حكم محكمة الزقازيق
الكلية في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٦ في القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٦ كلى ، وقد أشار إليه
إهاب - إسماعيل س ٤٢ - ٤٣ حيث أدخلت المحكمة في اعتبارها الأحكام التي وضها المجموع
المقدس الخاص بالأقباط الأرثوذكس مقررته أنه وإن لم يكن قد صدر بها قانون يسبغ عليها
صفة الالتزام ، إلا أن ذلك لا يبنى جواز الاستئناس بقواعده في نطاق الأحكام العامة
لشرعية المسيحية . وانظر أيضاً حكم محكمة المنصورة الابتدائية في القضيةين ١٢٦ و ١٢٧
لسنة ١٩٥٦ في ٣٠-٤-١٩٥٦ ومشار إليها في المرجع ، لصالح حتى (طبعة ١٤٠٠ - ٣٠٠ -
٢٠٥) ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٧-٤-١٩٥٦ في القضية رقم ٢٤ لسنة
١٩٥٦ ، وكذلك في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٦ بتاريخ ٢٠-٣-١٩٥٦ (وهما غير
منشورين) . وانظر أيضاً حكم محكمة الجيزة الابتدائية في القضية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٦
كلى لنهر المسلمين في ٢٩-١٠-١٩٥٧ ، والقضية رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ كلى لنهر المسلمين
في ٢٥-٣-١٩٥٧ والقضية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٨ في ١٥-٤-١٩٥٨ . وكلها أحكام غير
منشورة . وانظر كذلك حكم محكمة الاستئناف بالاسكندرية في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ في
القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٩ بين أقباط أرثوذكس ، حيث لم يقتصر على النظر إلى الزنا
كسبب للتطبيق لدى هذه الطائفة ولكنه أدخل في الاعتبار الأسباب الأخرى التي أقرتها
اللائحة التي أقرها المجموع المقدس والمجلس الملي العام (والحكم غير منشور) . وانظر من قبل
حكما من المحكمة نفسها في ٣٠ نوفمبر ١٩٥٧ قضية رقم ١٩ و ٢١ سنة ١٢ قضائية ملي
في المرجع لصالح حتى ، جزء ٢ رقم ٦١٠ س ٤٦٥ . وكذلك حكم المحكمة نفسها
قضية ٥٩ س ١٢ في ٢٢-١١-٥٦ وقد أقرت التطبيق لنهر الزنا (المرجع
جزء ٢ لصالح حتى رقم ٥٩٥ س ٥٤٤ . وانظر أيضاً المحكمة نفسها قضية ٢٩ س
١١ في ملي والقضية ٢٠ س ١٢ في ٢٧-١٢-٥٦ ، المرجع السابق رقم ٥٩٨
س ٤٥٥ . ومحكمة استئناف القاهرة قضية ١٢٨ س ٧٣ في ٢٧-٦-١٩٥٦ في
المرجع جزء ٢ لصالح حتى رقم ٥٠٣ س ٤١٠ وقد أخذت المحكمة بالاعتداء كسبب للتطبيق =

المقدس والجمع الملى العام بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس . وقد طبقت المحاكم هذه القواعد لا باعتبارها تشريعا وضعا ، إذ أنه لم يصدر بمقتضاها قانون من الجهة التشريعية في البلاد ، ولكن باعتبارها عرفا مستقرا ، وافق عليه الجمع المقدس . والمجلس الملى العام ، وكانت المجالس المليّة لأبناء هذه الطائفة تطبقه في اضطرار واستمرار ^(١) .

هذا هو الاتجاه الثانى فى النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، وهو - كما نرى - لا يقتصر فى نظره إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين على ما جاء

= وكذلك حكما فى ١٢-١٣-١٩٥٦ قضية ١٣٠ س ٧٣ ق ، فى صالح حتى جزء ٢٠٥ رقم ٥٩٧ . وكذلك حكما فى ١٣ مارس ١٩٥٧ رقم ٦ س ٧٤ ق ، فى صالح حتى جزء ٢٠٥ رقم ٦٠٠ س ٤٥٨ . وكذلك حكما فى ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق فى صالح حتى السابق رقم ٦٠٩ س ٤٥٩ . وكذلك حكما ٦-٥-١٩٥٧ رقم ٦١ س ٧٤ ق فى صالح حتى ، السابق رقم ٦٠٧ س ٤٦٣ . وكذلك فى ٣٠-٣-٥٨ رقم ٣ لسنة ٧٧٤ ، المرجع السابق رقم ٦١٥ س ٤٦٩ . وكذلك فى ٣١-٥-٥٨ فى المرجع السابق رقم ٦١٦ س ٤٦٩ وكذلك حكما فى ١٥-١٠-١٩٥٨ قضية رقم ١٣٥ س ٧٤ ق ، وفى ١٥-١٠-١٩٥٨ قضية ٣٧ س ٧٥ ق وفى ١٧-١٢-١٩٥٨ رقم ١٩٤ س ٧٤ ق وقد أورد الأحكام الثلاثة الأخيرة رفعت خفاجى ورابع لائق جمه ، المرجع السابق ص ٢٠٢-٢٠٣ من رقم ١٨ إلى ٢٠ على التوالي . وانظر أيضا نفس المرجع السابق فى الأحكام التى أوردتها فى غير ما سبقت الإشارة إليه فى هذا الموضوع ص ١٩٥ - ٢٠٣ .

(١) انظر مثلا الأحكام الصادرة من محكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية ، وهي أحكام غير منشورة فى القضايا رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٥٦ فى ١١-٣-١٩٥٦ ، وفى نفس التاريخ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٩٥٧ ، والقضية رقم ١٨ لسنة ١٩٥٧ فى ١٨-٤-١٩٥٧ والقضية رقم ٦١ لسنة ١٩٥٧ فى ١٧-٦-١٩٥٧ ، ورقم ٧٨ لسنة ١٩٥٧ فى ٢٤-٦-١٩٥٧ ورقم ٦٥ لسنة ١٩٥٨ فى ١٦-٦-١٩٥٨ ورقم ٤١ لسنة ١٩٥٨ فى ٢٣-٦-١٩٥٨ . وانظر أيضا محكمة الجزئية الابتدائية فى القضية رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٥٦ اكلى لغير المسلمين فى ١٤-١٢-١٩٥٦ ، وكذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٧ اكلى لغير المسلمين فى ٢٢-١-١٩٥٧ (وهي أحكام غير منشورة كذلك) . وانظر كذلك نفس المحكمة فى الأسكندرية المشار إليها فى المباحث السابق .

بـالكتاب المقدس ، وإنما يدخل في اعتباره أيضا ما استقر من أحكام جرى عليها العمل في مجالسهم المليية من قبل ، مهتدين في ذلك بأراء رجال الفقه والرؤساء الروحانيين وما أقره رجال الكنيسة على مر العصور من أحكام .

وقد اتجه القضاء الى التوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين سواء من المسيحيين أم من اليهود ^(١) .

٣٨ - **تأييد الاتجاه الثاني - التوسع في النظر الى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين :** وإذا كان تحديد ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين قد أثار الخلاف على النحو السابق ، فإن مما لا شك فيه الآن أن الاتجاه السائد ، سواء في الفقه أو في القضاء ، يميل نحو التوسع في النظر إلى ما يعتبر شريعة عندهم .

(١) فقد جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية في ١٢ فبراير ١٩٥٧ ، في القضية ١ لسنة ١٩٥٦ كلى (صالح حتى ، جزء ٢ رقم ٦٥٥ ص ٤٩٨) أن « أحكام الشريعة الاسرائيلية ، وإن كانت قد وردت في التوراة على موسى الكليم ، إلا أنه تلا ذلك اجتهاد الاحبار الذين صنفوا كتاب التلمود ، وهو تفسير للتوراة ، وقد عرف هؤلاء الاحبار باسم (تلاميذ) كما عرف كتابهم باسم (ميشنا) ، أي الكتاب الثاني بعد التوراة . وتلا ذلك اجتهاد الاحبار الذين عرفوا باسم (آمورايم) أي المترجمون ، لأن مهمتهم كانت قاصرة على نشر (المشنا) حيث تم تأليف التلمود بمجائته الخاضرة الشامل لكل أحكام العريفة الموسوية من فقه ودين وعبادات ومعاملات ، وتلا ذلك أيضا اجتهاد فقهاء العريفة أمثال سيد التنبؤ الذي ترجم التوراة إلى العريفة وصنف بالعريفة في البادات والمعاملات ، ومثل العالم موسى بن ميمون واضع كتاب البر والتوبة في الدين وفروعه ، والأستاذ يوسف بن أفرام كلرو مؤلف كتاب المائدة المنسوفة الذي حوى كل التفسيرات عن المشاكل التي قامت بين علماء الشريعة ، ثم قام الأستاذ م . حاى بن شمعون ووضع كتاب الأحوال الشخصية للاسرائيليين شاملا لكل أحوال الشريعة الموسوية ، مسترشدا في ذلك بالتوراة ، بأقوال من سبقه من الاحبار والفقهاء ، فجاء تقنينه لتلك الأحكام شاملا جامعا » .

ولكى نبين إلى أى مدى يجب السير فى هذا الاتجاه نحو التوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، يتعين علينا أن نعرف أولا حقيقة قصد المشرع نفسه فى هذا الصدد عندما أحال إلى تطبيق شريعتهم ، كما يتعين أن نعرف حقيقة مدلول اصطلاح «شريعتهم» التى تصدر الأحكام فى أحوالهم الشخصية طبقا لها ، كما يتعين أخيرا أن نعرف حقيقة شرائعهم التى تعرضت لها الكتب السماوية وبصفة خاصة مدى تعرض الانجيل بالتظيم لعلاقات الأفراد . هذه هى الأمور التى ينبغى أن نوضحها حتى يتبين لنا سلامة الأخذ بالاتجاه الثانى والتوسع فى النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين :

١ - لا جدال أولا فى أن المشرع عندما نص فى المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن تصدر الأحكام فى مسائل الاحوال الشخصية طبقا « لشريعتهم » لم يقصد بذلك أن تكون شريعتهم قد صدر بها قانون ، أو أن تكون مدونة فى نصوص كباقي التشريعات التى تصدرها السلطة المختصة التى لها هذا الحق فى البلاد . ولكن المشرع حينما ألغى جهات القضاء التى لم يكن من الميسور عليه فى نفس الوقت أن يوجد القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية أو أن يدونها فى نصوص يصدر بها تشريع من السلطة المختصة ، ولكنه اكتفى بالتخلص من تعدد جهات القضاء ، تاركا الوضع على ما كان عليه بالنسبة للأحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها . وأحال إلى الشرائع الدينية للأفراد فى كل ما يتعلق بأحوالهم الشخصية ، وذلك «حتى لا يكون هناك أى إخلال بحق أى فريق من المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، فى تطبيق شريعة كل منهم»^(١) . ومعنى ذلك أن المشرع قد ترك الحال على ما كان عليه من

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

قبل ، فيما يتعلق بالأحكام الواجبة التطبيق في منازعات غير المسلمين ، أى أنه لكي يعرف ما هي القواعد الواجبة التطبيق ، أو بمعنى آخر ما هي شريعة غير المسلمين الواجبة التطبيق . أو ما هي المصادر التي يمكن الرجوع إليها لحل منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم ، يجب الرجوع إلى شريعة كل منهم التي كانت تعاقب أمام جبات قضائهم الملى . وإذا ما رجعنا إلى تلك الشريعة لرأينا أنها لم تكن تهر على ما جاء في الكتب السماوية . ومن هذا يتبين لنا قصد المشرع . حقيقة الأمر أنه أراد أن تبقى الأمور على ما كانت عليه قبل إلغاء جبات القضاء الملى . واحترام الوضع السابق يوجب أن ننظر إلى ما يعتبر شريعة عندهم ، كما كانوا هم أنفسهم ينظرون إليها قبل انتقال ولاية القضاء من أيدي جبات القضاء الملى إلى القضاء العادى . هذه هي الحقيقة الأولى التي يجب إبرازها (١) .

٢- أما عن الحقيقة الثانية ، وهي بيان مدلول اصطلاح « شريعتهم » فإن الوقوف بهذا الاصطلاح على ما جاءت به الكتب السماوية فقط يعتبر تخصيصاً له بدون مبرر . إذ من المسلم به أن لفظ « شريعة » إذا أطلق ، فإنه لا ينصرف فقط إلى القواعد التي جاءت في الكتب المنزلة ، بل انه يشمل إلى جانب ذلك مصادر أخرى . وهذا ما يفهم مثلاً من مدلول « الشريعة الإسلامية » ؛ فإلى جانب المصدر الأول وهو القرآن ، توجد أيضاً مصادر أخرى وهي السنة القولية أو الفعلية وما استقر عليه جماعة المسلمين في تصرفاتهم وما جرى العرف على

(١) ولعل مما يبرز حقيقة قصد المصنف في هذا الصدد ، وبما لا يتبر شريعة مند غير المسلمين وأنه لم يكن قاصراً على ما جاء بالكتب السماوية ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية: فهاون ٤٦٢ من أن القواعد الموضوعية التي كانت تطبقها أكثرية المجالس الملية فيما طرح عليها من الأحكام كانت غير مدونة ، ولم يكن من اليسير أن يعتدى إليها عامة المتنازعين ، لكانت مبهمة في مظاهرها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت .

العمل به وتواتر الناس على اتباعه^(١). ولا جدال في أن ما يعتبر مصدراً في أية شريعة أخرى بصفة عامة لا يعدو أن يكون كذلك. فإلى جانب الكتب السماوية وسنة الرسل المستمدة من أقوالهم وأفعالهم ، ينظر كذلك إلى ما أجمع عليه أبناء الديانة ، وما جرت به تقاليدهم ، وما قال به فقهاؤهم والقائمون على الأمر فيهم . هذا هو ما ينصرف إليه لفظ « شريعة » بصفة عامة^(٢).

ولما كانت المادة ٦ من القانون ٤٦٢ قد جاءت تقرر تطبيق « شريعة » غير المسلمين دون تخصيص لهذه الشريعة ، فإن صياغة المادة تقضى ألا تقتصر في النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين على ما جاء في الكتب السماوية وحدها ، ونهذر ما أقره رجال الدين في فتاواهم والروحية ومجالسهم الدينية والقضائية ، وإلى صارت عرفاً مستقراً استمد قوته من تطبيقه زمناً طويلاً . فلا يصح أن نهذر ما جرى عليه العمل وما أفنى به رجال الدين وما استقرت عليه تقاليد غير المسلمين ؛ فتعاليدهم هي جزء من شريعتهم التي أشارت إليها المادة ٦ سالفة الذكر ، ويجب النظر في هذه الفتاوى بعين الاعتبار ، مسايرة للشارع المصري في صياغته

(١) ومصادر الفقه الإسلامي تنقسم إلى قسمين : مصادر أصلية ومصادر تبعية . والمصادر الأصلية هي القرآن والسنة . أما المصادر التبعية فهي كثيرة ، منها ما هو متفق عليه أو على الأقل ذهب إليه غالبية الفقهاء ، وذلك كالإجماع والقياس ، ومنها ما هو مختلف فيه . وهذا النوع من المصادر كثير متنوع ، منها الاستصلاح أو المصالح المرسلة ، والاستحسان ، والعرف . (أنظر في هذا : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، للأستاذ محمد مصطفى شبلي ، الطبعة الأولى ١٩٥٦ ص ٩٤ وما بعدها ؛ وانظر أيضاً صفوة الكلام في أصول الأحكام للأستاذ مصطفى خفاحي ، الطبعة ٣ سنة ١٩٤٧ ص ١٢٢ وما بعدها) .

وانظر كذلك الأستاذ بدران أبو العنين بدران ، أصول الفقه ، طبعة ١ سنة ١٩٦٢ ص ١٦٨ وما بعدها .

(٢) أنظر حلمي بطرس : المرجع السابق ، ص ٧٢ - ٧٣ .

المادة السادسة (٩).

هذه هي الحقيقة الثانية التي يجب إبرازها ، وهي أن لفظ « شريعتهم » لفظ عام غير مقصور الدلالة على ما جاء في الكتب السماوية وحدها ، بل ينصرف إلى كل ما يعتبر « شريعة » ، حسبما ينصرف إليه هذا اللفظ عند إطلاقه .

٣- أما عن الأمر الثالث الذي ينبغي أن نشير إليه في هذا الصدد ، فهو أنه بالنسبة للمسيحيين لا توجد قواعد مفصلة في الانجيل . وإذا كانت الكتب السماوية الأخرى قد جاءت مينة لأحكام العبادات والمعاملات ، إلا أن الانجيل لم يكن هكذا ، وكل ما تعرض له من أمور الدنيا هو ما جاء بصدد الزواج والطلاق ، أما غير ذلك من مسائل ، فلم يتعرض له . ولعل السرفى ذلك يرجع إلى الظروف التي ظهرت فيها الديانة المسيحية . فقد ظهرت في وقت لم تكن الحاجة ماسة فيه إلى مزيد من التوازن والأحكام الدينية ، إذ كان هناك القانون الروماني والشريعة اليهودية ، وقد عني كل منهما بتنظيم الأمور الدينية وعلاقات الأفراد فيما بينهم ، فلم تكن الحاجة ماسة إلى تنظيم علاقات الأفراد أو الأمور الدينية بصفة عامة ، بل إن الحاجة كانت ماسة آنذاك إلى شريعة تخاطب النفوس

(١) أنظر في هذا : حكم محكمة الميزة الابتدائية للأحوال الشخصية في القضية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٦ (كلية لغير المسلمين) بتاريخ ١٠/٢٩/١٩٥٧ ، وفي القضية رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ في ٢٠/٣/١٩٥٨ ، وكذلك في القضية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٨ في ١٥/٤/١٩٥٨ . وكما أحكام غير منشورة . وانظر حكما من محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٧/٦/١٩٥٨ قضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٨ في المرجع جزء ٢ لصالح حتى رقم ٦٩٧ س ٥٢٢ ، وقد جاء فيه « قصد المشرع من تطبيق شريعة غير المسلمين هو الشريعة الدينية الواردة في الكتب السماوية وتبريرات وأصولات واجتهاد الهيئات الدينية والرؤساء الروحيين ، والتقاليد الدينية التي بلغت الارتفاع المألوف ، أي الشريعة بمقتضاها العام » . وانظر كذلك استئناف القاهرة في ١٥/١٠/١٩٥٨ قضية ١٢٥ س ٧٤ ق ٣٧ س ٧٥ ق ، أشار إليها رفعت خفاجي . وراجع لغنى ، السابق ص ٢٠٢-٢٠٣ رقم ١٨ و ١٩ .

والضائر وتهديها بالعبادات والدعوة إلى الروحانيات وترك الماديات . وهذا هو ما جاءت به المسيحية ، فترك مشاكل الأرض لأهل الأرض يضعون لها الحلول التي توافق أنظمتهم الاجتماعية وتحقق أغراض حياتهم في الزمان والمكان على أن يستهدوا في ذلك بما جاءت به من مبادئ مثالية .

ثم إنه يراعى أن الانجيل نفسه يقرر أن هناك قواعد كثيرة لم ترد فيه حيث يقول : « وآيات أخر كثيرة صنع يسوع قدام تلاميذه لم تكتب في هذا الكتاب » ^(١) ، كما أورد يوحنا في ختام انجيله أن هناك « أشياء أخر كثيرة صنعها يسوع إن كُتبت واحدة واحدة فليست أظن أن العالم نفسه يسمع الكتب المكتوبة » . وفي هذا دليل قاطع على أن الشريعة المسيحية ليست كل ما جاء بالانجيل ، بل لا بد من النظر إلى ما صنعه المسيح وقلة أتباعه إلى المسيحيين . كما أشار الانجيل كذلك إلى أنه لم ينجي - ليتقص ما كان قبله - بل إنه أحال إلى التوراة حيث يقول : « لا تظنوا أني جئت لأقض الناموس أو الأنبياء - ما جئت لأقض ، بل لأكمل » ^(٢) . « وليس أدل على أن المسيح ترك أمور الدنيا لكي ينظمها أو لولا الأمر من قوله ، حينما قال له واحد من الجمع « يا معلم : قل لأخي أن يقاسمى الميراث » ، فقال له المسيح : « يا إنسان من أقامنى عليك قاضياً أو مقسماً » ^(٣) .

ومن هذا تبين لنا الحقيقة الثالثة ، وهي أن الانجيل لم ينظم علاقات الافراد فيما بينهم بل إنه اتجه بصفة أساسية الى الجانب الروحي ، اللهم إلا ما تعلق بالزواج

(١) انجيل يوحنا ، الاصحاح المعروف ، الآية ٣٠ .

(٢) انجيل متى ، الاصحاح الخامس ، الآية ١٧ .

(٣) انجيل لوقا ، الاصحاح الثاني عشر ، الايات ١٣ و ١٤ .

والطلاق . وقد جاءت قواعده عامة بمجمل غير مفصلة ، ولذلك كان من المتعين الأخذ بما أقره الروحانيون وما وصلوا اليه من تفسير وتفصيل لما أجملته القواعد . ثم ان القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية ، والتي أشير إليها في الكتب السماوية لم تنجى ، كافية وافية . لدرجة أنها لن تسعف القاضى إذا ما عرض عليه نزاع . ولذلك لا بد له من أن يلجأ إلى ما قال به رجال الدين ، وما تواتر عليه العمل فصار عرفاً التزمت به محاكمهم البطانية قبل إلغائها ^(١) .

هذه هي الحقائق التي يتعين علينا إبرازها . وخلاصة الأمر أننا نرى التوسع في النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين . فلا يقتصر الأمر على ما جاء بالكتب السماوية ، بل انه ينبغي النظر بعين الاعتبار إلى المصادر الأخرى ^(٢)

(١) أنظر أيضاً : محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ - ١٩٥٨/٦٧٠٢ . هذا وقد نصت المادة ١٦ من قواعد الاجراءات التي كان معمولاً بها أمام محاكم الروم الأرثوذكس على أن تنقضى محاكم الكورس البطريركية الكنسية طبقاً لقانون الوارثة .. وكذا حسب العرف الجاري تطبيقه من مدة طويلة ، وصدقة مستمرة وواحدة ، وطبقاً لقرارات البطريركية التي تصدرها المجمع المقدس ويكون لها قوة التشريع ، ولجميع الأحكام الكنسية الأخرى .

(٢) أنظر هذا الاتجاه في : إمام اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها ، وكذلك رساله عن انحلال الزواج في شرعة الأقباط الأرثوذكس ، القاهرة ١٩٥٩ ص ٥٠ وما بعدها . وكذلك صالح حنفي ، المرجع ، ص ٢٥٨ - ٢٦٠ . وقد اتجه الفقه الحديث في دراسة الأحوال الشخصية لغير المسلمين - إلى جانب الاتجاه السائد قضاء في الوقت الحاضر - إلى إقرار هذا النظر : أنظر في هذا أيضاً : أحمد سلامة ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ بتد ٧٨ وخاصة ص ٤٤٧ - ١٥٠ . وكذلك جيل الشراوى (١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٥٧ وما بعدها . وعبد الوهيد يحيى ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ١٩٦٠ ص ٤٥ رقم ٢٩ .

وهذا هو ما يتجه إليه المشروع الموحد للأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فهو يرجع التطبيق لتجربة الزنا وبذلك ، يعتبر أنه يقر التوسع في النظر إلى ما يعتبر شريعة عندكم ، فلا يقتصر على ما جاء في الكتب المقدس ، بل يتجاوزها إلى المصادر الأخرى .

٢٨ مكره - تمييز مصادر الأحوال الشخصية عن الأحوال العينية :

على أنه يتعين قبل نعرض لمصادر الأحوال الشخصية لدى كل من المسيحيين واليهود ، أن نلفت النظر إلى ناحية هامة كثيرا ما أثارت اللبس في أذهان البعض ، وبصفة خاصة في بعض أحكام المحاكم . فقد حاولت بعض المحاكم أن تقيس مصادر الأحوال الشخصية على ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني بالنسبة للأحوال العينية ، وقرر أنه عند عدم وجود النص التشريعي بحكم القاضي بحسب العرف^(١)... ذلك أن تحديد المصادر التي أوردتها المادة الأولى إنما يسرى في نطاق الأحوال العينية . وفي هذا النطاق يعتبر التشريع مصدراً أصلياً ، فإن لم يوجد نص تشريعي يلجأ إلى المصادر الاحتياطية وهي العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ، ثم بعد ذلك يطبق القاضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . أما في مجال الأحوال الشخصية فإن الأمر يختلف . ذلك أنه إذا وجد تشريع في هذا المجال طبق أولاً ، باعتبار أن التشريع مصدر أصلي عام في نطاق الأحوال الشخصية والأحوال العينية على حد سواء . فإذا لم يوجد نص تشريعي لمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، فإننا لانطبق المصادر الاحتياطية في المادة الأولى من القانون المدني ، بل نطبق الدين بصفة عامة - الشريعة الإسلامية ، أو المسيحية ، أو اليهودية - باعتباره مصدراً أصلياً إضافي . هذا النطاق ، نطاق الأحوال الشخصية ، على التحديد الذي انتهينا إليه . ففي هذا المجال يعتبر الدين مصدراً أصلياً ، وهو مصدر رسي .

وفي هذا النطاق أيضاً يعد الدين مصدراً متكاملاً ، فينظر إليه نظرة متوسعة ، على نحو ما قدمنا ، بالنسبة لغير المسلمين . وبعبارة أخرى لا ينبغي أن نصرف

(١) انظر حكم محكمة الجيزة رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧ في ١٩٥٧/٦/٢٠ (غير منشور)

الدين - كصدر من مصادر القانون في نطاق الاحوال الشخصية - إلى ما جاء بالكتاب المقدس وحده ، بل ينبغي أن يدخل في الاعتبار كذلك كافة المصادر الأخرى ، على التفصيل الذي سنحدده بالنسبة للمسيحيين ، وبالنسبة لليهود . وهذه المصادر يكمل بعضها بعضاً ، دون ترتيبها إلى مصادر أصلية ومصادر احتياطية عل غرار المادة الأولى من القانون المدني ، ودون الرجوع بعد ذلك إلى المصادر الاحتياطية في المادة الأولى ، وهي العرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وسنعرض فيما يلي المصادر التي تستمد منها شريعة غير المسلمين من المصريين بصفة عامة . فنعرض أولاً لمصادر الشريعة المسيحية ، أو ما يعتبر شريعة عند المسيحيين ، ثم نعرض بعد ذلك لمصادر الشريعة اليهودية ، أو ما يعتبر شريعة عند اليهود .

أولاً : ما يعتبر شريعة عند المسيحيين (مصادر الشريعة المسيحية) :

٣٩ - تمهيد : تنوع أحكام القانون الكنسي في العالم المسيحي ، وإن كان يمكن ردها إلى قسمين رئيسيين أو مذهبين رئيسيين ، المذهب الشرقي ، والمذهب الغربي ، فهناك القانون الكنسي الشرقي ، وهناك القانون الكنسي الغربي . وإذا كان القانون الكنسي بصفة عامة يستمد مصادره من الكتاب المقدس ، كما أن هناك بعض القواعد الكنسية القديمة التي ترجع إلى القرن الرابع الميلادي وتكون أصلاً مشتركاً أو مصدرراً أخذ عنه القانون الكنسي في كل مكان . إلا أن انفصال الكنائس الشرقية بصفة عامة ، ومن بينها الكنيسة المصرية كذلك ، كان من نتيجته أن تكون قانون كنسي مستقل متميز في الشرق والغرب . وذلك نظراً للظروف التي وجد فيها ، وتنوع الیثات التي تكون في رحابها . والعوامل الأخرى التي أثرت في تكوينه . ومن هنا نشأ فقه مسيحي شرقي وفقه مسيحي

غربي ، أو قانوني كنسي شرقي وقانون كنسي غربي . وقد ازداد الخلاف بين كل من القانون الكنسي الشرقي والغربي على مر القرون ، نظراً للظروف المختلفة التي أثرت في كل منهما . وهذا رغم اشتراكهما في كثير من القواعد والمصادر ، خاصة في القرون الأولى .

وقد انتهى الأمر في الغرب إلى وضع المجموعة الكنسية Codex juris canonici في سنة ١٩١٧ على نمط المجموعات الحديثة ، وهذه المجموعة الكنسية متأثرة إلى حد كبير بالقانون الروماني .

وفي الشرق نجد أن القانون الكنسي قد تأثر بالبيئة التي وجد فيها ؛ فتأثر بصفة عامة بالقانون البيزنطي الذي كان مطبقاً في الامبراطورية الرومانية الشرقية . وأخذ عنه الكثير من الأحكام وخاصة ما يتعلق بالطلاق ، كما تأثر كذلك بالشريعة الإسلامية وخاصة في البلاد التي خضعت للحكم الإسلامي ، وقد روعيت ظروف البيئة التي نما فيها الفقه الشرقي بالنسبة للكاتوليك الشرقيين عندما وضع لهم تقنين خاص بهم ينظم مسائل الزواج بالارادة الرسولية الصادرة سنة ١٩٤٩ ، وإن كانت القواعد التي وضعت في هذا الشأن لم تخرج كثيراً عما وضع بالنسبة للفرعيين في سنة ١٩١٧ . ومن وقت إلى آخر يعلن باباروما صراحة أن بعض القرارات الرسولية تطبق في الشرق كما تطبق في الغرب . ومثل هذه القرارات تشبه إلى حد ما القواعد التي وضعت في المسيحية حتى القرن الرابع ، وأخذ بها العالم المسيحي جميعه من حيث عمريتها على كافة المسيحيين ، مع مراعاة أن الكنائس المنفصلة عن روما وإلى خرجت عليها بسبب الخلافات المتصلة بالعقيدة لا تخضع بطبيعة الحال لمثل تلك القرارات البابوية (١) .

(١) أنظر في هذا : Traité de Droit Canonique, t.I, no 20, P. ٤٥ وهو منشور بإشراف 'Raoul Naz' في سنة ١٩٤٨ - وسنشير إليه دائماً تحت هذا الاسم : « ناز »

ولما كانت دراستنا خاصة بالطوائف المسيحية الموجودة في مصر ، فإننا لن نتعرض فيها للقانون الكنسي الغربي ، اللهم إلا بالقدر الذى يتصل فيه هذا القانون بالقانون الكنسي الشرقى وخاصة فى صلته بالقواعد المتعلقة بالطوائف الكاثوليكية التى وضعت - كما قدمنا - على نمط التقنين الغربى . على أنه إذا كانت الأحكام الخاصة بالطوائف المسيحية الآن متعددة فإنه ينبغى أن يراعى أن الأسس الأولى التى قام عليها القانون الكنسي بصفة عامة ترجع كلها إلى أصل واحد . وسنحاول فيما يلى أن نبين العناصر التى يتكون منها القانون الكنسي أو مصادر القانون الكنسي بصفة عامة ، ثم نبين بعد ذلك ما انتهى إليه الأمر بالنسبة للطوائف المسيحية التى وجدت في مصر قبل إلغاء المجالس المليية ؛ وما هى شرائعهم الطائفية التى كانت مطبقة حتى ذلك الحين .

٤٠ - (١) العناصر التى يتكون منها القانون الكنسي : مصادر القانون الكنسي - المصادر العامة : - (١) - الكتاب المقدس : لاجدال فى أن أول مصدر للقانون الكنسي هو الكتاب المقدس ، العهد الجديد (الانجيل) والعهد القديم (التوراة) . ويحتوى العهد الجديد على أربعة أناجيل هى انجيل متى وانجيل مرقس وانجيل لوقا وانجيل يوحنا . ويضع الانجيل كثيراً من المبادئ التى تعتبر أساساً للقانون الكنسي ، ومن هذه المبادئ ما يتعلق بالزواج والطلاق ، وهى المسألة الوحيدة التى تقرر لها الانجيل وتتصل بعلاقات الأفراد فيما بينهم ، مما جعلها بذلك ترتفع إلى مرتبة النظام الدينى . ومن ذلك مثلاً ما جاء فى انجيل متى ^(١) ، حينما جاء الفريسيون وقالوا للمسيح «هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب . فأجاب وقال لهم أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى . وقال من أجل هذا يترك

الرجل أباه وأمه ويلتصق بمرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً. إذا ليسا بعد اثنين بل جسد واحد. فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان. وقالوا له : فلماذا أوصى موسى أن يعلى كتاب طلاق فتطلق قال لهم : إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم . ولكن من البدء لم يكن هكذا .. ، وغير ذلك من الآيات التي تتعلق بالزواج والطلاق مما سنعرض له في حينه ^(١) .

ويلحق بالانجيل رسائل الرسل، فتدور بها أحكام وتوضح بعض المسائل ^(٢) أما عن العهد القديم (التوراة) فإنه إذا كان يعتبر مصدراً إلى جانب الانجيل، لأنهما مرتبطان ولأن العهد القديم رمز وتوطئة للانجيل، إلا أنه لا يعمل بكل ما جاء به من أحكام. فهناك ما نسخه العهد الجديد، وهناك ما هو خاص بالاسرائيليين فقط. وإذا كان يعمل بالعهد القديم فإنه لا يعمل به إلا في الحدود التي لا يتعارض فيها مع ما جاء بالانجيل. ولم تخل المجموعات التي وضعت في الفقه المسيحي من الأخذ بكثير من القواعد التي جاءت في التوراة، وإن كان لم يؤخذ بتلك القواعد بصفة مستقلة إلا في وقت متأخر ^(٣).

(١) أنظر مثلاً انجيل متى، الاصحاح الخامس، الايات ٣١-٣٤ والاصحاح التاسع عشر الاية ٩، وانجيل لوقا، الاصحاح السادس عشر، الاية ١٨ وانجيل مرقس، الاصحاح الخامس، الايات ١١-١٢ .

(٢) أنظر : « ناز » المرجع السابق، جزء أول، مقرة ٢٠؛ أنظر أيضاً الأحوال الشخصية طوائف غير الإسلامية قضاة محمد نمر، وألني بخطر (الطبعة الأولى ١٩٥٧)، ص ٨٠-٨٣. وقد أشار المؤلفان إلى رسائل القديسين وما جاء بها من أحكام خاصة بالأحوال الشخصية. بصفة خاصة في مواضيع الصفحات المذكورة - وانظر مثلاً : رسالة بولس الأول إلى أهل كورنثوس، الاصحاح السابع، الايات ٢ وما بعدها، ورسالة إلى أهل أفسس، الاصحاح الخامس، الايات ٢٢ وما بعدها .

(٣) « ناز » : المرجع السابق، مقرة ٣١، وأنظر أيضاً ما أشير إليه في صدر كتابه ابن السكيت من أن من بين المصادر التي استند بها يوجيه العهد القديم، نفس المرجع السابق فترة ٥٥ ص ٤٩ .

هذا هو المصدر الأول ، وهو الكتاب المقدس بعديده القديم والجديد ، وما
الحق بهذا الأخير من رسائل الرسل .

(٢) **الكتابات المنسوبة الى الرسل** : أما عن المصدر الثانى من مصادر الفقه
الكنسى فهو الكتابات المنسوبة إلى الرسل . ذلك أنه لما اتسع التنظيم المسيحى
وجد أن ما جاء بالمهد الجديد من مسائل قانونية غير كاف ، ولهذا رأى البعض
وملأها بكتابات نسبوها إلى الرسل ، أو تعتبر على الأقل انعكاسا مباشرا لتعاليمهم .
هذه الكتابات تمد تعبيراً صادقا عن الحياة الدينية للزمان والمكان الذى
وضعت فيه ، كما تعد المصدر الأول للفقه المسيحى بعد الكتاب المقدس . وأقدم
الكتابات فى هذا الصدد كتاب (La Didaché) أو مذهب الاثنى عشر رسولاً ،
وقد وضع فى القرن الثانى ^(١) ، ثم الدستولية (La Didascalie) أو تعاليم الرسل
وضعت فى القرن الثالث ^(٢) . وهناك أيضاً ما يسمى بالمرسوم الكهنسى المصرى .
L'Ordonnance eccléoiastique égyptienne والذى يشبهه الكتاب
الحديثون بسنة الرسل ، كتبها «هيبوليت» Hippolyte فى حوالى سنة ٢١٨ ^(٣) .
وهناك أخيراً القوانين الكنسية الثلاثين فى القرن الثالث والرابع ، وكذلك القوانين .

= هذا وقد أحال الانجيل على التوراة حيث ورد فيه : « لا تظنوا أنى جئت لانتقض
الهاموس أو الأتنياء . ما جئت لانتقض بل لأكمل » (انجيل متى : الاصحاح الخامس الاية ١٧) .
(١) (ناز) المرجع السابق ، ص ٢١ ، هامش رقم ١ .

(٢) المرجع السابق ، نفس المكان ، هامش ٢ . وقد طبعت الدستولية فى مصر سنة ١٩٤٠
بإشراف حافظ داود . وقد جاء فى مقدمة الدستولية (ص ١٠) على لسان الرسل الاثنى عشر :
« وقد كنا قررنا قوانين (وهى المعروفة بقوانين الرسل) ووضعنا فى الكنيسة وهى للأن .
وهذا الكتاب الاخر لتعليم كنيستنا وأرسلناه على يد اكلينطس (أحد أباء الكنيسة الأول
وكان معاصراً للرسل) رفيقنا الخادم إلى كل المسكونة لكي تميز كأوامرها كل كائس للمسيحيين .
التي تحت الشمس ... » وقد تكملت الدستولية عن الزواج فى الباب التاسع عشر .

(٣) أنظر : (ناز) المرجع السابق ، ص ٢٧ ، هامش رقم ١ .

اللاحة على صعود المسيح وعددها ٢٧ أو ٣٠ في القرن الثالث والرابع ^(١).
أما عن الكتابات الأخرى المنسوبة إلى الرسل فهي ليست إلا تجميعا
للكتابات السابقة . ومن أهم المؤلفات الجامعة المؤلف المسى باسم «الساتير
الرسولية» (*Consistoires apostoliques*) . ويرجع تأريخه إلى حوالي سنة
٤٠٠ . ومن المؤلفات الجامعة كذلك «المجموعة الثمانية لأقليمطوس» ويتضمن هذا
المؤلف الكتابات المنسوبة إلى الرسل ^(٢) . وقد أشار ابن العسال إلى هذه الكتابات
في مقدمة كتابه .

هذا هو المصدر الثاني من مصادر الفقه المسيحي في الشرق . وهو الكتابات
المنسوبة إلى الرسل . وقد قلت هذه الكتابات إلى المجموعات التي وضعت فيما
بعد ، فصارت بذلك جزءا من القانون الكنسي .

(٣) **قرارات للجامع الكنسية:** أما عن المصدر الثالث للقانون الكنسي فهو
ما اتخذ من قرارات عن طريق المجامع التي عقدت على مر القرون وقد مارست
الكنيسة سلطانها الذي خولها المسيح إياه ، حيث أعطاه سلطة القيادة حتى تؤدي
رسالتها . فالكنيسة تنظيم خاص وضع المسيح أساسه ، وهي من وحيه ، إذ هو أول
من ألقي بفكرتها إلى تلاميذه . فهو بذلك مؤسس الكنيسة ورئيسها . ولكي تبقى كأى
مجتمع آخر ، لا بد أن يكون في استطاعتها القيادة حتى تؤدي رسالتها . وقد حدد
المسيح سلطانها قبل المؤمنين حيث يقول لبطرس : «وأنا أقول لك أيضا أنت
يطرس وعلى هذه الصخرة أبني كنيتى وأبواب الجحيم لن تقوى عليها . وأعطيتك
مفاتيح ملكوت السموات . فكل ما تربطه على الأرض يكون مربوطا في السموات

(١) المرجع السابق ص ٢٢ ، هامش رقم ٢ و ٣ .

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة .

وكل ما تحله على الأرض يكون محلولاً في السموات»^(١). وبذلك تمحدد للكنيسة سلطانها في الحل والعقد بين المؤمنين ، كما أعطيت سلطة الفصل بين الأفراد والتوسط كآخر وسيلة للصلح بينهم^(٢).

وإذا كانت الكنيسة قد مارست سلطانها الذي رسمه لها المسيح . إذ وضع تلاميذه قوانينهم وتعاليمهم . فإنها لم تتوقف بعد ذلك عن ممارسة سلطانها واختصاصها ، فصارت تباشرها عن طريق المجامع (Conciles) ، التي أصدرت قرارات تعتبر مصدراً يسند إليه القانون الكنسي ،^(٣)

والمجامع هي اجتماعات لرجال الكنيسة بقصد استعراض بعض المشاكل والمسائل التي يختلف فيها الرأي ، وتصدر عنها قرارات تلزم بها الكنائس المجتمعة . وتختلف أهمية المجامع بحسب عدد وصفة من يشتركون فيها . وهي على نوعين : عامة أو مسكونية ، وخاصة أو محلية .

المجامع العامة أو للمسكونية (Conciles Oecuméniques) هي التي يلتقي فيها أساقفة العالم المسيحي أو مندوبوهم ، وتسمى مسكونية نسبة إلى العالم

(١) انجيل متى : الاصحاح السادس عشر ، لايتان ١٨ و ١٩ .

(٢) وقد جاء في انجيل متى ، الاصحاح الثامن عشر الايات ١٥ وما بعدها : « وإن أخطأ إليك أخوك فاذهب وهاتبه يدك ويده وحكما اذسمع منك فقد ربحك أمّاك . وإن لم يسمع منك فخذ معه أيضاً واحداً أو اثنين لكي تقوم كل كلمة على فم شاهدين أو ثلاثة . وإن لم يسمع منهم فقل للكنيسة . وإن لم يسمع من الكنيسة فليكن عندك كالوثني والشار . الحق أقول لكم كل ما تربطونه على الأرض يكون مربوطاً في السماء . وكل ما تحلونه على الأرض يكون محلولاً في السماء .

(٣) فالمجامع يظهر فيها إجماع المسيحيين على أمر من الأمور الشرعية . ويقول المسيح (انجيل متى اصحاح ١٨ آيات ١٩ - ٢٠) : (.. وأقول لكم أيضاً إن اتفق اثنان منكم على الأرض في أي شيء يطلبانه فإنه يكون لها من قبل أبي الذي في السموات . لأنه حيثما اجتمع اثنان أو ثلاثة باسمي فهناك أكون في وسطهم) . وبذلك نرى أن الانجيل يقر إجماع المؤمنين بالمسيحية على أمر من الأمور . فهذا النص يعد أساساً يستند إليه لشرعية الاجماع .

المسيحي المسكون ، إذ أن المجامع يشترك فيها من جميع البلاد . وقد تعددت هذه المجامع المسكونية ، ووضعت فيها قواعد أخذ بها المسيحيون جميعا على اختلاف شعبيهم بصفة عامة حتى القرن الرابع ، قبل أن يحدث الانقسام بينهم . وكان أول مجمع من هذه المجامع العامة هو مجمع نيقية سنة ٣٢٥ وضع فيه ٢٠ قانونا . ثم مجمع القسطنطينية سنة ٣٨١ وضع فيه أربعة قوانين مكملية للمجمع نيقية ، وتلا ذلك مجمع أفسس سنة ٤٣١ . ثم مجمع خلقيدونية سنة ٤٥١ وقد أصدر قراره بشأن طبيعة المسيح ، كما قدمنا ، كما أصدر ثلاثة قوانين خاصة بالزواج (من ١٤ إلى ١٦) ، سوسن مجمع خلقيدونية ، كفت الكنيسة المصرية عن الاشتراك في المجامع المسكونية . وقد تلت تلك المجامع السابقة مجامع أخرى اعتبرت عامة كذلك ولو أنه لم تشارك فيها الكنائس المنفصلة عن كنيسة روما ^(١) .

أما اجتماعات الخاصة أو المكنائية (Conciles Locaux) فهي المجامع التي يعقدها أساقفة إقليم معين أو تمتد بين كنائس الإقليم ، بحسب من يدعى إليها ، وبحسب ما إذا كان من يدعى إليها من رجال الكنيسة يتبعون إقليما أو منطقة دينية واحدة أو من مناطق دينية متعددة . وفي هذه الحالة الأخيرة تعتبر المجامع بطريركية إذا كان هناك بطريرك يترأس اجتماع الأساقفة .

ومن بين المجامع الشرقية ذات الأهمية الأولى في هذا الصدد ما انعقد منها في القرن الرابع . وقد وضعت قوانين ذات أهمية بالغة في النظام الكنسي . وهذه المجامع : مجمع أقره سنة ٣٤١ وقد وضع فيه ٢٥ قانونا منها القانونان ١١ و ٢٠ خاصان بالزواج ، ومجمع قيصرية (٣١٤ - ٣٢٥) وقد ترك ١٥ قانونا من بينها القانون ٢ خاص بالزواج ، ومجمع أنطاكية ٣٤١ وكذلك مجمع عنجرا (٣٤٠ - ٣٧٠) ،

(١) : (نار) ، السابق ، ص ٢٢ : دوفيلية ودوكليرك ، الزواج في القانون الكنسي . الشرق ، المرجع السابق ، ص ٢ .

والمجمع اللاذقية (٣٤٧-٣٨١) . ومن المجمع التي اعتدت بها الطوائف الشرقية كذلك مجمع سرديك ٣٤٣ . أما المجمع المحلي التي عقدتها الانفصاليون وخاصة من الأقباط والسريان ، فلا يعرف تاريخها على وجه التحديد^(١) .

وقد اعتبرت قرارات المجمع العامة حتى القرن الرابع من المصادر التي أخذ بها المسيحيون في أنحاء العالم . كما دون واضعو المجموعات المسيحية فيما بعد قرارات تلك المجمع وأضافوا إليها ما استجد من قرارات أخرى تالية لتلك الآونة : مع مراعاة أن القرارات اللاحقة على الانفصال لا تظهر في كل مجموعات الطوائف الشرقية ، وإنما تظهر بصفة خاصة في المجموعات البيزنطية التي أخذ بها الروم الأرثوذكس ، كما أخذ الأرمن ببعض تلك القرارات اللاحقة كذلك . هذا وقد أشار ابن العسال في مقدمة كتابه إلى المصادر التي استمد منها كتابه ومن بين تلك المصادر القوانين التي أصدرتها المجمع^(٢) .

(٤) **المراسيم والمصادر الأخرى** : وإلى جانب المجمع التي باشرت الكنيسة نشاطها عن طريقها ، استمد القانون الكنسي كذلك مصادره من وجه آخر من أوجه نشاط رجال الدين ، وذلك مما أصدره المطارنة من تشريعات في صورة مراسيم . وهذه المراسيم عبارة عن أوامر موجهة إلى الكنيّة في أمر من أمور الطائفة ويصدرها المطارنة بما لهم من حق في إصدارها . وإذا كانت قرارات المجمع الكنسي قد نشطت في القرون الخمسة الأولى ، فإن المراسيم التي أصدرها رجال الدين قد ازدادت واعتبرت المصدر الرئيسي للفقّه الكنسي وحلت في غالب

(١) انظر في هذا (ناز) السابق ، ص ٢٣ والهوامش .

(٢) انظر ، ص ٨ و ٩ .

وقد أورد محمد نمر وألني بقطر في مؤلفهما السابق ، أحكام الأحوال الشخصية التي جاءت في قرارات المجمع ، راجع ص ٩٣ وما بعدها .

الأحيان محل الجامع^(١).

ولم يقف الأمر عند المراسيم الصادرة عن البطارقة والمطارنة ، بل إن القانون الكنسى استمد بعض أحكامه كذلك من مؤلفات رجال الكنيسة ، من الآباء والرهبان ، وخاصة أنها كانت تتضمن إلى جانب المواعظ قواعد أخرى تنظيمية مثل القواعد التى أخذت عن القديس « باسيلوس » (S. Basile) فى القرن الرابع وتضمنت بعض الأحكام الخاصة بالزواج^(٢) . وقد استمر هذا المصدر بمد الفقه المسيحى بأحكام شرعية ، كما دونت تلك الأحكام فى المجموعات الكنسية فيما بعد^(٣) .

هذه هى المصادر الرئيسية التى استمد منها القانون الكنسى . وقد كانت هذه المصادر هى العناصر الجوهرية التى اعتمد عليها واضعو المجموعات الكنسية حينما عمد رجال المسيحية إلى تدوين ماتناثر من أحكامها ، وأضافوا إلى ذلك ما استجد من أحكام ، سواء أكان مصدرها المجامع الكنسية أو كتابات آباء الكنيسة والرهبان ، كما استعانوا فى تكملة مجموعاتهم بالعرف والعادات^(٤) التى استقرت فى بعض الجهات وكذلك القانون الرومانى والشرعية الإسلامية .

٤١ - **التأثر بالقانون الرومانى والشرعية الإسلامية :** ولعل أهم ما حدث عندما حاول واضعو المجموعات الكنسية تدوين مجموعاتهم هو التجاؤهم إلى القانون الرومانى ، وخاصة القانون البيزنطى الذى كان مطبقا فى الشرق ، وإلى الشرعية الإسلامية فى البلاد التى فتحها العرب ، لتكملة مجموعاتهم .

(١) (ن : ز) السابق ، ص ٢٥ ، دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ص ٢ .

(٢) دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٢ .

(٣) انظر فى هذا (ناز) ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٤) والعرف يعتبر مصدرا هاما من مصادر القانون الكنسى . وقد أدرجات إلى هذا القانون كثير من القواعد التى كان مصدرها العرف (انظر تفصيلا لما يتعلق بالعرف فى القانون الكنسى من حيث التتريف به ، وأركانها وأنواعه ، والنائولى : *réalité de droit canonique* جزء أول بإشراف Baz السابق ، ص ١٩٠ وما بعده ص ١٤٣ .

قد أخذ واضعو المجموعات الكنسية - وبصفة خاصة المجموعات الشرقية البيزنطية التي أخذ بها الروم الأرثوذكس - ماصدر من قوانين منظمة لشئون الكنيسة ، ومعدلة لأحكام عقد الزواج ، وضمنوها مجموعاتهم . فاعتبرت بذلك جزءا من الفقه المسيحي ^(١) .

وقد قلت الطوائف الشرقية الأخرى عن القانون الروماني ، وبصفة خاصة عن طريق كتاب بعنوان «تشريعات قسطنطين، وتيودوز، وليون : Lois de Constantin, Théodose et Léon» ، ولكن هذا الكتاب عرف باسم الكتاب «السوري الروماني» (Livre syro - romain) . وقد وضع هذا الكتاب أصلا باللغة اليونانية في النصف الثاني من القرن الخامس ، وترجم إلى السريانية ثم إلى العربية بعد الفتح الاسلامي ^(٢) .

وإذا كان القانون الكنسي قد تأثر بالقانون الروماني على النحو السابق ، فإنه قد تأثر أيضا بالشريعة الاسلامية ، إذ لجأ واضعو المجموعات المسيحية ، في استكمالهم لها ، إلى الشريعة الاسلامية، وخاصة بعد أن حلت هذه الشريعة محل القانون الروماني في البلاد التي فتحها العرب ، وبعد أن ازدهر الفقه الاسلامي في تلك البلاد . وأول أثر للشريعة الاسلامية نجده في القرن الثامن ، في المعمر العباسي . وقد ظهر ذلك في كتاب وضعه « يشوع بنخت » (Isobokht) النسطوري ، سمي « كتاب الشرائع أو الأحكام » : (Le livre des lois ou des jugements) . وهو كتاب جامع ترجم إلى السريانية ، وضعت

(١) أنظر في هذا : دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٣ - ٥ ؛ ناز ، السابق ص ٢٦ - ٢٨ ، وكذلك ص ٣٦ فقرة ٤٣ .

(٢) أنظر في هذا : ناز ، السابق ص ٢٦ - ٢٧ وص ٣٩ .

فيه قرارات المجامع وبعض المجموعات السريانية القديمة ، بل وأيضاً القانون السوري الروماني والشرعية الإسلامية ^(١) . كما ظهر أثر الشرعية الإسلامية بعد ذلك في كثير من المؤلفات ، ومن ذلك مثلاً كتاب القوانين لابن العسال .

هذه هي المصادر التي استمد منها الفقه الكنسي بصفة عامة ، والتي رجع إليها واضعو المجموعات المسيحية في العصور المختلفة من تاريخ المسيحية . وقد نشطت حركة التدوين بصفة خاصة منذ القرن الثاني عشر ، وبدأت المجموعات المسيحية في الظهور ، وبصفة عامة لم تخرج ما تضمنته المجموعات الكنسية عن المصادر التي عرضنا لها فيما سبق ، مضافاً إليها ما استجد من قرارات للمجامع ومراسيم للبطاركة ، مع مراعاة أن الشرق المسيحي لم يأخذ بكل قرارات المجامع المسكونية ، اللهم إلا المجامع الأولى السابقة على الانفصال ، بل من الثابت أن الكنيسة المصرية والسريانية لم تأخذوا بالمجمع المسكوني الرابع . ويراعى من ناحية أخرى أن المسيحيين الشرقيين لم يأخذوا بصفة عامة في مجموعات الكنيسة بالمراسيم البابوية ولا بالقرارات التي اتخذتها المجامع الغربية ^(٢) .

هذا وقد أصبحت المجموعات التي وضعت في الفقه المسيحي هي المرجع في الوقوف على أحكام الشرعية المسيحية . فإذا كان مصير تلك المجموعات في الكنائس المختلفة ، وماذا صار إليه القانون الكنسي في الوقت الحاضر ؟ هذا ينقلنا إلى الكلام عما كانت تطبقه المجالس المليّة من أحكام قبل إنفاذها .

٤٢ - ب - القواعد التي كان معمولاً بها لدى الطوائف المختلفة حتى إلغاء المجالس المليّة (١) للذهب الأرثوذكسي : إذا كنا قد رأينا فيما سبق ما هي المصادر المختلفة التي استمد منها القانون الكنسي أحكامه ، فإن من اللازم معرفة ما صار إليه القانون الكنسي في الوقت الحاضر بالنسبة للكنائس المختلفة ، وعلى وجه الخصوص في مصر . وهذا يستلزم أن نفرق بين الطوائف المسيحية لكي نبين

(١) انظر في هذا : ناز : السابق ، ص ٣٨ ، دوفليه ، ودوكليوك ، السابق ، ص ١٢

(٢) انظر في هذا : ناز : السابق ، ص ٣٨ - ٣٩ .

ما صار إليه أمر القانون الكنسى لدى كل منها . و فرق هنا بين الطوائف الأرثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية .

أما عن الطوائف الأرثوذكسية ، فقد رأينا أنها موزعة عندنا إلى أربع طوائف ، وهم الأقباط والسريان والأرمن ، ثم الروم .

الأقباط الأرثوذكس : يمكن القول بصفة عامة إن الكنيسة المصرية لم تخرج عن المصادر التى سبق لنا بيانها ، فالى جانب ما استمد من الكتاب المقدس من أحكام ، هناك قوانين الرسل وتعاليمهم ، ثم المجامع المسكونية الأولى ومجامع قرطاجة . وقد استمر القانون الكنسى بالنسبة للأقباط الأرثوذكس مبعثراً . ولعل أول تدوين لقواعده كان فى القرن الحادى عشر ، فوضعت منذ ذلك الحين مجموعات تستند بصفة عامة إلى المصادر السابقة ، وكان لها الفضل فى أنها نقلت إلينا الفقه المسيحى فى صورته الأولى . وإذا كان منها ما لم ينشر ، إلا أن واضع المجموعات الكنسية فى القرون التالية قد رجعوا إليها فيما بعد ، إلى أن جاء القرن الثالث عشر ^(١) . وفى هذا القرن ، وفى عهد البطريرك كيرلس الثالث المعروف بابن لقلق ، جمعت قواعد القانون الكنسى والمعروفة باسمه حتى الوقت الحاضر ^(٢) . ثم ألف الشيخ الصفى بن السال الفقيه القبطى الذى كان معاصراً لابن لقلق كتابه فى القوانين فى النصف الأول من القرن الثالث عشر الميلادى (سنة ١٢٣٦) وقال فى مقدمته إن « هذا الكتاب مجموع من الكتب الالهية والقوانين البيعية ، وما فرعه العقل عليها وردده القياس إليها ، جما يخلو مع الاختصار من الاخلال... » . وقد ذكر بعد ذلك المصادر التى رجع إليها ، وهى

(١) هذا وقد وضعت فى القرن الثانى عشر مجموعات قبطية امتازت بالتظيم والترتيب ، ولم تخرج فى مجموعها عن المصادر السابقة ، انظر فى هذا : ناز ، السابق ص ٣٨ هامش رقم ٦ . وكذلك فقرة ٥٥ ص ٤٨ ، وانظر أيضا ، دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٢٢ .
(٢) وقد نشرت قوانين ابن لقلق فى ملحق كتاب القوانين لابن السال (انظر طبعة ١٩٢٧ لكتاب القوانين) .

لانخرج في جملتها عما يتناه من قبل . كما أخذ كثيراً من أحكام الشريعة الاسلامية (المالكية والشافعية) ، وقد استند على الخصوص الى ما جاء في مؤلف أبي اسحاق الشيرازي الذي وضع حوالي ١٠٦٠ ميلادية ^(١) . ويعتبر كتاب ابن العسال من أهم المراجع بالنسبة للاقباط الأرثوذكس . وقد استمر المرجع الأول ^(٢) في قوانين الأحوال الشخصية لهذه الطائفة ، حتى أواخر القرن الماضي حينما طلبت وزارة الحفانية من كل الطوائف في مصر الاجابة على بيان أحكام القوانين المسيحية في المسائل الشرعية الخاصة بالأحوال الشخصية . وفي هذه المناسبة قام الايغومانوس فيلوتاؤس رئيس الكنيسة الكبرى المرقسية بوضع كتاب في الأحوال الشخصية أسماه « الخلاصة القانونية » وذلك عام ١٨٩٦ . وقد عول في كتابه هذا على كتاب القوانين لابن العسال ، وعلى كتاب القوانين الخصوصية التي صدرت في عهد كيرلس بن لقلق ^(٣) .

وقد ظلت المجالس المالية تستند في أحكامها الى ما أورده ابن العسال ، ثم الى ما جاء في الخلاصة القانونية حتى تألفت في سنة ١٩٣٨ لجنة من بين أعضاء المجلس المالي العام ، فوضعت هذه اللجنة بعض قواعد كان يسترشد بها إلى أن ألغيت المجالس المالية . بالقانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ . وفي هذه المناسبة وضع مشروع قانون للأحوال الشخصية أقره المجمع المقدس والمجلس المالي العام ، وقدم المشروع

(١) دوفيليه ، ودوكليوك ، السابق ص ٢٣ ، وانظر مقدمة ابن السال من ص ٦ الى ص ١٠ حيث أشار الى المصادر التي استند اليها في كتابه .

(٢) وقد ظهرت مؤلفات أخرى لاحقة على كتاب ابن العسال في القرن الثالث عشر والرابع عشر ، ولكنها لم تصل الى نفس المرتبة التي وصل اليها هذا المؤلف . ومن هذه المؤلفات اللاحقة : القوانين السارية والقوانين المنسوخة لابن الراهب ، ومصباح الظلة لابن البركاتين كبير ... (انظر دوفيليه ، ودوكليوك ، السابق ، ص ٢٣ - ٢٤) .

(٣) انظر مقدمة « الخلاصة القانونية » .

إلى وزارة العدل ، لكي يصدر به قانون . ولكن مثل هذا القانون لم يصدر ، نظراً للتذكير في توحيد قواعد الأحوال الشخصية لغير المسلمين بصفة عامة .

هذا هو الحال بالنسبة لما اعتبر شريعة عند الاقباط الارثوذكس حتى إلغاء المجالس المالية . ولما انتهى الامر إلى المحاكم العادية ، فقد رأينا آثار من نزاع حول ما يعتبر شريعة عند هذه الطائفة . وتطبق المحاكم الآن القواعد التي أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام مع الاستهداء في كثير من الحالات بما جاء في كتاب القوانين لابن العسال والخلاصة القانونية للايغومانوس فيلوثاؤس .

على أنه إذا كانت كل من مجموعة ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ قد وضعت في صورة تيسر على الباحث معرفة ما جاء بها على غرار المجموعات الحديثة ، وكانت إحداها لاحقة على صدور الأخرى ، فقد أثير الأمر بالنسبة لتطبيق كل منهما ، خاصة وأن هناك خلافاً بينهما بالنسبة لبعض الأمور التي كثيراً ما تعرض في العمل مثل الحالات التي ينحل فيها الزواج .

وبما لا شك فيه أولاً أنه ليس لاي من هاتين المجموعتين قوة التشريع ، إذ لم يصدر بهما تشريع من الدولة يلزم المحاكم بتطبيقهما ، ولهذا يثار الأمر بالنسبة لمدى التقيد بهما باعتبارهما تظان من مسائل الأحوال الشخصية ما يعتبر الدين فيه مصدراً أصلياً . فهل يمكن القول بأن ما جاء في أي منها يعد ملزماً باعتباره مصدراً من مصادر القانون الكنسي بصفة عامة ؟

رأينا أن مصادر القانون الكنسي بصفة عامة هي الكتاب المقدس وما يلحق به من رسائل الرسل ، وكذلك الكتابات المنسوبة إلى الرسل ، وقرارات المجامع الكنسية ، عامة كانت أو خاصة ، والمراسم التي يصدرها رجال الدين . وما جاء في المؤلفات الدينية وكتابات آباء الكنيسة والرهبان ، وكذلك ما استقر من عرف . ففي أي مجال يمكن إدخال هاتين المجموعتين ؟

يبدو لمن يطلع على تصدير أى من المجموعتين أن مجموعة ١٩٣٨ قد أقرها المجلس الملى العام قط ، وأن مجموعة ١٩٥٥ قد أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام . وعلى ذلك فانه ليس لمجموعة ١٩٣٨ قوة قواعد القانون الكنسى باعتبارها تشريعا كنسيا صادرا عن مجمع محلى لأنها لم تعرض على المجمع المقدس لاقرارها ، كما أنه ليس للمجلس الملى اختصاص بالتشريع بين أبناء الطائفة ، فهذا الاختصاص للمجمع المقدس . ولهذا تعدم قوتها من هذه الناحية كمصدر ملزم^(١) . أما بالنسبة لمجموعة ١٩٥٥ فإنه يبدو لأول وهلة أنها ملزمة نظراً لاقرارها من المجمع المقدس ، وبالتالي تعتبر صادرة عن مجمع مختص ، ولها قوة قرارات المجامع المحلية المعتبرة من مصادر القانون الكنسى . ومع ذلك فإن بعض الباحثين قد كشف لنا أنه على الرغم من عرضها على المجمع المقدس وقرارها منه ، إلا أن هذا المجمع لم يتخذ قراره بالموافقة عليها طبقاً للقواعد التى تنظم انعقاده ، والى تصديق عليها فى ١٢ أغسطس ١٩٣٠ ، حيث لم توافق عليها الأغلبية المطلوبة . ولهذا فإن قرار صدورها باطل ، بحيث لا يحمل لها صفة القواعد الشرعية الملزمة^(٢) .

ومن هذا يتضح لنا أنه ليس لأى من المجموعتين صفة القواعد الشرعية الملزمة ، من هذه الوجهة ، فل هناك من مرجح لإحداها على الأخرى ، وهل يمكن اعتبارها من المصادر التى يمكن الرجوع إليها بالنسبة لأبناء الطائفة ؟ لقد اعتمد كثير من الشراح الحديثين على مجموعة ١٩٥٥ باعتبارها أحدث من مجموعة ١٩٣٨ ، فضلا عن أن مظاهرها يوحى بصورها من جهة لها ولاية

(١) انظر فى هذا : إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٤١ . جيل العرفاوى ، الكتاب الأول .
فى شرائع الوطنيتين ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ، المرجع السابق ص ٦٩ .
(٢) انظر فى هذا : إهاب اسماعيل رسالته السابقة ص ٤٣ وما بعدها .

شرعية في إصدارها ؛ وهي المجمع المقدس ، مع إقرارها من المجلس الملى العام .
وهذا ما جعل بعض المحاكم تطبقها ^(١) .

ومن جهة أخرى ، فإن من الأحكام الحديثة ما يتمسك بتطبيق مجموعة ١٩٣٨ دون مجموعة ١٩٥٥ باعتبار أنها قد اكتسبت قوة العرف عن طريق التطبيق منذ صدورهما ، ونظراً لاتفاقها مع المصادر القديمة خاصة بالنسبة لأسباب انحلال الزواج ^(٢) كما أن من الأحكام ما ذهب إلى تطبيق كل من المجموعتين على الحوادث التي تمت في ظلها باعتبار أن مجموعة ١٩٥٥ لا تسرى على الحوادث السابقة على صدورها ^(٣) .

على أنه إذا كان من المسلم به أنه ليست لأى من المجموعتين قوة التشريع الصادر من الدولة - فإن هذا لا يعنى تجردهما من كل قوة ملزمة . ذلك أن كلا منهما تعبر عن اتجاه أبناء الطائفة في صورة حديثة صالحة للتطبيق أمام الجهات القضائية ، وأنه لم يقصد من ورأئها إلغاء القواعد السابقة التي جاءت بها المجموعات القديمة وكتب الفقه ، ولكن كان القصد من إعدادهما التيسير والتغلب على الصعوبات التي تعترض من يفصل في منازعاتهم ، نظراً لتشتت القواعد وصعوبة

(١) أنظر إشاره إهاب اساميل في رسالته ص ٤٧ هامش ١ .

(٢) أنظر حكماً حديثاً من محكمة القاهرة الابتدائية في القضية ١٥ لسنة ١٩٥٩ كلى في ١٩٥٩/٦/٢٧ أشار إليه إهاب اساميل في رسالته ص ٤٢ هامش ٢ ، وأنظر كذلك حكم استئناف القاهرة في ١٩٥٧/٦/٥ رقم ٦١ س ٧٤ ق أورده صالح حنفي ، السابق ، جزء ٢ رقم ٦٠٧ ص ٤٦٣ : وكذلك محكمة الجيزة الكلية رقم ٢٣٩ لسنة ١٩٥٦ كلى لغير المسلمين في ١٩٥٦/١٢/١١ وكذلك في القضية ١٦٢ لسنة ١٩٥٨/٣/٢٥ (والحكمان غير منشورين) .

(٣) انظر ما أورده في هذا الصدد : أحمد رضى خفاحي ، ورايح لطفي ، المرجع السابق ،

الوقوف عليها ، فكان من اللازم صياغتها في مواد بسيطة يسهل الرجوع إليها ، مع مراعاة عدم الخروج ، بصفة عامة ، عن الفقه الثابت لدى أبناء الطائفة . ولهذا فانه يتعين التقيّد بما جاء فيها من أحكام وخاصة في حدود صلة هذه الأحكام بالماضي ، باعتبارها امتداداً وتنظيماً للمجموعات السابقة . حتّى إن هناك من الخلافات بين ما جاءت به هاتان المجموعتان وبين القواعد التي أوردتها المجموعات القديمة . كما أن هناك من الخلافات بين المجموعتين نفسيهما . ومع ذلك فالتأني أني ينبغي التسليم بإمكان تطبيقهما . على الأقل في الحدود التي يتفقان فيها مع المجموعات القديمة . ولعل مجموعة ١٩٣٨ في هذا الصدد تعدّ أكثر تعبيراً عن المجموعات القديمة من مجموعة ١٩٥٥ ، وخاصة في المسائل الأساسية التي أثّر حولها الخلاف ، مثل موانع الزواج وأسباب انحلاله . وهذا مما جعلنا دائماً^(١) فضل أعمال القواعد الواردة في مجموعة ١٩٣٨ إذ أنّها فضلاً عن قربها من المجموعات القديمة وكتب الفقه ، فإنها قد اكتسبت من تكرار تطبيقها أمام المجالس المالية ومن الاعتقاد في قوة إلزامها ما جعلها ترقى إلى مصاف القواعد العرفية المعتمدة ضمن مصادر القانون الكنسي ، وخاصة فيما لا خلاف فيه مع ما جاء بالمصادر السابقة عليها على اختلاف أنواعها^(٢) . أما خارج الحالات التي

(١) انظر الطبعة الأولى من هذا المؤلف بند ١١٢ ص ٤٢٣ وما بعدها ، جدد موانع ازواج ، وكذلك بند ١٦١ ص ٦٨١ ، وبند ١٦٧ ص ٧٢٢ وما بعدها ، وبند ١٦٩ ص ٧٤٢ صدر أسباب انطليق .

(٢) والواقع أن القول بأن القواعد الواردة على هذا النحو في مجموعة ١٩٣٨ تكون عرفاً فيه تسليم بأن مصدر القاعدة هو العرف ، مع أن المصدر في هذه الحالة في الواقع قد يكون أحد المصادر الأخرى التي اعتبرناها مصادر للقواعد القانونية الكنسية . ثم إنه بראى أن العرف في هذه الحالة ، لو سلّمنا بقيامه ، لا يتبوّأ مصدراً احتياطياً يرجع إليه إذا لم يوجد تشريع ، كما هو الشأن بالنسبة لترتيب المصادر طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني . =

تختلف فيها المجموعتان ، فان الاتفاق يكاد يكون تاما بينهما حتى من حيث الصياغة اللفظية ، مما يجعل الإشارة إلى أى منهما على حد سواء .

ولهذا فانا إذا كنا نطبق المجموعتين على هذا النحو ، دون تفضيل ، اللهم إلا في المسائل الخلافية التي جاءت بها مجموعة ١٩٣٨ دون ١٩٥٥ خاصة في موانع الزواج وأسباب انحلاله ، فانا لا نقر ما يذهب إليه القضاء من أن احدهما قد ألغت الأخرى ، أو أن لكل منهما مجالا للتطبيق من حيث الزمان ^(١) . فلهذه المصادر يكمل بعضها البعض مع كافة المصادر الأخرى ، وبصفة خاصة ما جاء في المجموعات الفقهية .

السريان الأرثوذكس : وضع في الفقه السرياني مؤلفات قديمة ترجع إلى القرن الخامس . ثم وضعت بعد ذلك مجموعات أخرى ، ولعل أهم مؤلف في الفقه السرياني هو كتاب « الهدى » (*Iivre de directions*) ، لابن العبري . وهذا المؤلف يعادل مؤلف ابن العسال لدى الأقباط الأرثوذكس . وقد رجع

= بل إن العرف يمد في مجال الأحوال الشخصية مصدراً خاصاً ضمن مصادر القانون الكنسي بصفة عامة . ولهذا لانقرما اتجهت إليه بعض الأحكام في هذا الصدد بقولها : « إن المادة الأولى من القانون المدني قد نصت على أنه عند عدم وجود النص التشريعي يحكم القاضي بحسب العرف » ، وأن الأحكام التي كانت تطبقها المجالس المليية الصادرة سنة ١٩٣٨ تعتبر عرفاً استقر وجرى عليه السل عند أفراد طائفة الأقباط الأرثوذكس... » (جريدة كلى رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ في ١٩٥٧/٦/٢٠) وأنظر كذلك حكماً لمحكمة نفسها في ١٩٥٨/٢/٢٥ رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ، وحكماً آخر في ١٩٥٨/٤/١٥ رقم ٣١ لسنة ٥٧ - وكلها غير منشورة) . ذلك أن العرف في مجال الأحوال الشخصية ليس مصدراً احتياطياً ، كما هو الشأن بالنسبة للأحوال المدنية التي تسرى بشأنها أحكام المادة الأولى من القانون المدني؛ بل إن من الأحكام السابقة ما ذهب إلى أن ماورد في كتب فقهاء المسيحية كابن العسال وابن لقلق والايخوما نوس فيلوتاؤس ، يعد عرفاً استقر عليه العمل في المجالس المليية (أنظر حكم ١٩٥٨/٣/٢٥) . مع أن هذا غير صحيح ، لأنها كلها مصادر أصلية .

(٢) انظر الأحكام التي أشار إليها خفاجي وراجح ، السابق ص ٢٠٤ - ٢٠٦ .

فيه ابن العبري إلى المصادر السابق لنا يانها بصفة عامة ، كما تأثر بالفقه الاسلامي وبخاصة الغزالي . ويعد هذا الكتاب المرجع الرئيسى فى الفقه السريانى بصفة عامة ^(١) .

ويراعى أن طائفة السريان فى مصر قليلة العدد ، والظاهر أنهم كانوا تابعين للقضاء الملى للأقباط الأرثوذكس ، ولم يستقلوا قضاء خاص لهم إلا منذ سنة ١٩١٣ بعد موافقة بطريرك الأقباط . وقد طبع قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس سنة ١٩٢٩ بالقدس . والقواعد الخاصة بهم لا تختلف كثيراً عن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس ^(٢) . وهى فى معظمها تكاد تكون منقولة عما جاء فى الخلاصة القانونية ، مع تنسيقها فى مواد ، على غرار المجموعت الحديثة .

وقد تكلم قانون السريان عن الزواج الشرعى فى باب أول ، فعرض للخطبة ، وموانع الخطبة والزواج ، وكيفية الخطبة ، والجهاز والمهر ، والعرس وعقد الأكليل ، وواجبات الزوجين . وفى الباب الثانى تكلم عن فسخ الخطبة والزواج ، فتكلم عن فسخ الخطبة ، وحكم الفاسخين . وفسخ الزواج وأسبابه ، ثم ما يترتب على الفسخ وحكم المهر والجهاز والحضانة ، ثم تكلم عن بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش . وفى الباب الثالث تكلم عن العدة والنفقة . وفى الباب الرابع تكلم عن شرعية البنوة والتبني . وفى الباب الخامس تكلم فى الولاية على القاصر . وفى الباب السادس تكلم فى الوصية .

الارمن الأرثوذكس : وضمت أول مجموعة فى الفقه الأرمنى فى القرن الثامن ،

(١) انظر فى هذا . دونيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ١٦ - ١٨ ؛ ناز ، السابق ،

فقرة ٥٨ ص ٥٠

(٢) انظر . أحمد صفوت ، ص ٧٨ - ٨٣ .

ويعتبر مؤلف « مختار جوش » (Mechitar Gos) الذى وضع فى القرن .
الثانى عشر أهم مؤلف بالنسبة لطائفة الأرمن ، وعنوان مؤلفه « كتابه
الأحكام القضائية » (Livre de sentences judiciaires) . وقد لخص
هذا الكتاب وطوبق على ما كان عليه العمل ، وعمل به فيما بعد . وبعد هذا
الكتاب المرجع الأساسى لدى الأرمن ^(١) .

وفى مصر تتبع الكنيسة الأرمنية أحكام الشريعة الإسلامية فى كل المسائل
الخارجة عن الزواج والطلاق . أما بالنسبة للزواج والطلاق فتتبع القوانين
الكنسية الثابتة للكنائس الشرقية . وقد وضع للأرمن الارثوذكس تقنين
خاص بهم فى سنة ١٩٤٠ ، « قانون الاحوال الشخصية لطائفة الارمن
الارثوذكس بالقاهرة » ^(٢) ، وهو غير مطبوع وكانت أحكامه معمولاً بها قبل إلغاء
المجالس المالية . وهو ينظم الزواج وما يتصل به ، وفسخه (انحلاله) ، واجراءاته
والطلاق وآثاره وإثبات النسب ، والتبني والتفقات والسلطة الأبوية والحضانة .
الروم الأرثوذكس : بقيت بطريركية الاسكندرية للروم ، مثل انطاكية
وأورشليم ، على صلة بالقسطنطينية فى القرون الأولى من الفتح الإسلامى ، وكانت
تسمى ملكية لباقائها على الولاء للملوك الروم . وقد دونت مجموعاتها فى القرن الثانى
عشر باللغة العربية ، وهى تتضمن بصفة عامة المصادر التى أشرنا إليها من قبل
كما رجعت إلى الكتاب « السورى الرومانى » ^(٣) .

(١) أنظر فى هذا : ناز . السابق فقرة ٤٤ ص ٣٨ ، وكذلك فقرة ٥٧ ص ٤٩ . دوفيليه ،
دوكليك ، السابق ، ص ٢٤ - ٢٨ .

(٢) انظر ما أورده بالنسبة للأرمن حكم استئناف القاهرة فى ١٧ أبريل ١٩٥٧
رقم ٤٧ ص ٧٤ فى المرجع لصالح حتى جزء ٢ رقم ٦٠١ و ٤٥٩ .

(٣) أنظر فى هذا . دوفيليه ، دوكليك ، السابق ص ٥٠ وما بعدها ، وانظر أيضا : ناز .
السابق فقرة ٤٣ ص ٣٦ - ٣٧ و فقرة ٥٣ و ٥٤ ص ٤٧ - ٤٨ .

هذا وقد صدر في مصر بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس لائحة الزواج والطلاق والباثنة في ١٥ مارس ١٩٣٧ . وهذه اللائحة مكونة من ثلاثين مادة . وقد عالجت إنشاء الزواج وموانعه . ثم أسباب الطلاق ونتائجه . وقد أدخل عليها بعض التعديلات في فبراير سنة ١٩٥٠ على ما سنرى فيما بعد . وقد كانت هذه اللائحة معمولاً بها قبل إلغاء المجالس المالية .

٤٣ - (٢) **المذهب الكاثوليكي** : إذا كانت الطوائف الكاثوليكية قد تمددت على النحو الذي رأيناه فيما سبق وكان من نتيجة تعددها أن وضعت قواعد وظهرت مجموعات خاصة للطوائف الكاثوليكية الشرقية ، إلا أن الأمر قد انتهى بوضع قواعد موحدة بالنسبة للطوائف الشرقية ^(١) . فقد رأى الكرسي الرسولي في روما توحيد القواعد الخاصة بالشرقيين ؛ فشكلت لجنة لهذا الغرض ، ووضعت قواعد تحكم سر الزواج للكنيسة الشرقية ، صدرت بها إرادة رسولية لقداسة البابا بيوس الثاني عشر في سنة ١٩٤٩ . وهذه القواعد هي التي تطبق الآن فيما يتعلق بالزواج بالنسبة لجميع الطوائف الكاثوليكية في مصر . وقد روى في الأحكام التي صدرت بها الإرادة الرسولية للشرقيين ، أنها قامت على نمط ما جاء به التقنين الكنسي الغربي الذي وضع في سنة ١٩١٧ الكاثوليك الغرب ، وإن كان واضعو التقنين قد رجعوا إلى المصادر الشرقية للفقه المسيحي ، وتأثروا ببعض التقاليد التي استقرت في الشرق ^(٢) .

٤٤ - (٣) **المذهب البروتستانتي** : رأينا فيما سبق أن أنصار المذهب

(١) هذا وقد عقدت الطوائف الشرقية الكاثوليكية عدة مجامع رغبة في تعديل قوانينها .
أنظر في هذا : ناز فترة ٦٦ - ٦٧ ص ٥٩ - ٦٢ .

(٢) انظر في هذا الموضوع وفي تكوين اللجنة الخاصة بوضع تقنين كنسي شرق وما قامت به من أعمال منذ سنة ١٩٢٩ ، ناز : المرجع السابق فترة ٦٨ ص ٦٢ - ٦٣ .

البروتستانتى فى مصر ، قد اعتبروا طائفة واحدة هى طائفة الانجليكان الوطنيين - وقد اعترف بها ، كطائفة قائمة بذاتها ، ثم عين لها وكيل فى مصر ، فى ٤ يونيه سنة ١٨٧٨ ، وشكل لها مجلس ملى له اختصاصات مثل ما للمجلس الملى العمومى للطائفة القبطية ، وصدر به أمر عال فى أول مارس سنة ١٩٠٢ .

وقد رأينا فيما سبق أن هذا المذهب لا يرى مصدرا للشريعة المسيحية غير الكتاب المقدس ، وأنه ليس للكنيسة سلطان فى إصدار تعاليم وأوامر أو قوانين يلزم بها المسيحيون ، وأن باب الاجتهاد فى الكتاب المقدس مفتوح أمام كل مسيحى . ويتبين لنا من ذلك أنه لا يمكن القول بوجود قانون كنسى عند هذه الطائفة ، كما هو الحال بالنسبة للطوائف الأخرى التى تندرج تحت المذهبين الارثوذكسى والكاثولىكى .

والانجليكان قانون خاص للأحوال الشخصية . وقد جاء فى مذكرة « نظارة الحفانية إلى مجلس النظار » والى أبانت فيها النرض من إصدار الأمر العالمى فى أول مارس ١٩٠٢ ، أن أعضاء الطائفة الانجيلية الوطنية ليس لهم قانون للأحوال الشخصية خاص بهم ، فان أغلبهم متشبعون لكنائس غربية الأصل ، وقانون الأحوال الشخصية لأعضاء هذه الكنائس فى البلاد الأصلية معمول على حسب جنسيتهم لاعقائهم ، فمن الضرورى إذن أن يسن قانون للأحوال الشخصية للرايا الوطنيين الذين بصيرورتهم انجليكان تركوا قانون الأحوال الشخصية للطائفة التى كانوا تابعين لها أولا .

كما جاء فى المذكرة كذلك أن « قانون الأحوال الشخصية الذى صار الاتفاق عليه هو المتبع بالكنيسة المسيحية المتحدة المصرية ، ما عدا التمديلات المذكورة بعد . وهو مأخوذ من قانون الأحوال الشخصية الخاص بالطائفة

«القبيلة التي كان تابعا لها في الأصل معظم منسحبى هذه الكنيسة ، ولكنه أقرب من بعض الوجوه إلى قانون الأحوال الشخصية الخاص بالمسلمين » (١) .

ومن هذا يتبين لنا أن الانجليكان لم يكن لهم قانون خاص بهم ، وأن أنصار هذه الطائفة في مصر قد انسلخوا عن الطوائف المسيحية الأخرى وخاصة الطائفة القبطية ، كما أن القانون الذي وضع لهم ليحكم أحوالهم الشخصية قد أخذ في الأصل من قانون الأحوال الشخصية الخاص بالطائفة القبطية .

وقد ظل قانون الأحوال الشخصية الذي أقرته الحكومة المصرية في تلك المناسبة ، ظل مطبقاً بين أفراد الطائفة الانجيلية حتى ألغيت المجالس المالية سنة ١٩٥٥ (٢) .

ثانيا مايعتبر شريعة عند اليهود :

٤٥ - (١) مصادر الشريعة اليهودية بصفة عامة : عتبت اليهودية - على خلاف المسيحية - بتنظيم أمور الدنيا إلى جانب مايتعلق بالعميدة . والكتاب المنزل عند اليهود هو التوراة (العهد القديم : (Ancient Testament) ، وتحتوى على عدد من الاسفار (٢) ، وقد جاء فيها كثير من الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية . من ذلك مثلا ما جاء في سفر الاخبار أو اللاويين بشأن موانع الزواج حيث نص على أنه « لا يقترب إنسان إلى قريب جسده ليكشف العورة . عورة أليك وعورة أمك لا تكشف ، إنها أمك لا تكشف عورتها . عورة امرأة

(١) أنظر هذه المذكرة في : فيليب جلاذ ، الجزء الخامس ص ٢١ وما بعدها .

(٢) أنظر هذا القانون في فيليب جلاذ ، السابق ص ٢٣ وما بعدها .

(٣) وهي سفر التكوين ، والخروج ، والاحبار أو اللاويين ، والعدد ، والثانية ، هذا إلى جانب الاسفار الاخرى التي كتبها أنبياء بني اسرائيل الذين خلفوا موسى ، وبشملها الكتاب المقدس في العهد القديم .

أيك لا تكشف ، إنها عورة أيك . عورة أختك بنت أيك أو بنت أمك لا تكشف عورتها . عورة ابنة ابنك أو ابنة بنتك لا تكشف عورتها ، إنها عورتك...»^(١) .

ومن ذلك أيضا ماجاء بشأن الطلاق^(٢) ، والميراث^(٣) ...

فالمصدر الأول للشرعة اليهودية هو التوراة ، ولا خلاف بينهم في ذلك . ولكن إلى جانب التوراة يوجد التلمود . وقد اختلف اليهود حول الاخذ به كما بينا من قبل ، فقد اقسموا بشأنه إلى فريقين : فريق الرابانيين الذى يؤمن به إلى جانب التوراة ، وفريق القرائين الذى لا يؤمن به . وقد بينا من قبل مدى إيمان كل من الفريقين بالتلمود . فالفريق الاول يؤمن به على أنه كتاب سماوى موحى به إلى موسى ، أما القراؤن فلا يؤمنون به على أنه كتاب سماوى ، وإن كانوا ينظرون اليه على أنه كتاب قهوى ، وتفسير للتوراة . هذا هو وجه الخلاف بين الفريقين .

ويقول حاي بن شمعون في مقدمة كتابه عن «الأحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية للإسرائيليين» : « ولا غرو إذا قلنا أنه (التلمود) بمنزلة الكنز الثمين للامة الاسرائيلية لما اشتمل عليه من الفقه الشرعى والأحكام الدينية التى اليها المرجع الوحيد فى جميع أحكام الدين من عبادات ومعاملات »^(٤) .
ومن ذلك يتبين لنا أن المصدر الثانى للشرعة اليهودية هو التلمود ، مع مراعاة اختلاف القرائين والرابانيين فى نظرم إليه .

(١) أنظر فى هذه المواضع (سفر اللاويين) الاصحاح ١٨ الايات من ٦ إلى ١٨ .

(٢) سفر التثنية الاصحاح ٢٤ الايات من ١ الى ٤

(٣) سفر العدد ، الاصحاح ٢٧ الايات من ٨ الى ١١

(٤) ص ١٠٣ من المقدمة .

على أنه إذا كان يمكن القول بصفة عامة بأن مصادر الشريعة اليهودية ، كآية شريعة أخرى ، هي الكتاب المنزل وسنن الأنبياء ، وما جرت عليه تقاليد الجماعة واجتهاد أولى الأمر فيها ، فإنه قد ظهرت مؤلفات قيمة في الشريعة اليهودية . ومن أشهر الفقهاء الذين يرجع إلى مؤلفاتهم « سعد الفيومي » ، فقد وضع مؤلفات بالعربية في العبادات والمعاملات وترجمة التوراة . ومن أشهر فقهاءهم كذلك « موسى بن ميمون » وقد وضع مؤلفاته باللغة العربية ، ومنها كتاب « اليد القوية » وهو مرجع هام يرجع إليه كل مشغل بالأحكام الشرعية . وقد جاء بعد موسى ابن ميمون « يوسف بن افرام كارو » وقد قام بدور هام بالنسبة لكتاب اليد القوية الذي ألفه موسى بن ميمون ، إذ أنه أرجع مافيهِ من أحكام إلى أصولها في التلود ، فبين لكل حكم موضعه لأن ابن ميمون لم يبين في كتابه المواضع الأصلية التي قل عنها . وقد ترك « يوسف بن افرام كارو » مؤلفات أخرى ، من أهمها « شولحان عاروخ » أي المائدة المصفوفة ، تكلم في القسم الثالث منه عن الخطبة والزواج والطلاق . . كما تكلم في الرابع منه عن الميراث والوصاية والوصية ^(١) . وإلى جانب هذه المؤلفات السابقة ، توجد مؤلفات أخرى كثيرة في الشريعة اليهودية سواء بالعربية أو بالعبرية ^(٢) .

٦٠-٤١ ب) القواعد التي كانت مطبقة قبل إلغاء جهات القضاء التي بالنسبة للارباانيين: ولكن إذا أردنا أن نعرف ما كان يعتبر شريعة مطبقة أمام الجهات القضائية المالية لليهود قبل إلغائها فإنه يتبين لنا أن المرجع الأساسي بالنسبة

(١) أنظر في هذا ، مقدمة الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لحاي بن شمعون الصفحات من ح الى م
(٢) ومن المؤلفات في الأحوال الشخصية لليهود مؤلف بالفرنسية ، سنير إليه فيما بعد هو مؤلف ' Salomon Tibi بعنوان ' Statuts personnels des israelites

لرأينين هو كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين «
الذي وضعه» . نحاي بن شمعون وكيل خانخانة القاهرة ، وذلك في سنة
١٩١٢ . ولهذا الكتاب موضوع على نواحي الأحوال الشخصية للمسلمين التي آلفه
قدرى باشا ، ويقول المؤلف في مقدمته إنه وضع الكتاب بناء على رغبة
رئيس الطائفة وأعضاء مجلس إدارتها الذين عملوا على ترقية حال الخانخانة
وإعلاء شأن المحكمة الشرعية بها . وقد تبين لهم أن هناك قصصا كثيرة . وهو
أن المحامين والمتقاضين أمام المحكمة الشرعية للاسرائيليين كانوا يجحدون
صعوبة اعدم معرفتهم للغة العبرية ولصعوبة العزور على المؤلفات الموجودة بهذه
اللغة . فوضع لهم الكتاب باللغة العربية لكي يستمدوا منه الأحكام ويكون
مرجعا يمول عليه عند لزوم . وقد أبان المؤلف كذلك أنه رجع في كتابه إلى
التوراة والتلمود ، كما رجع أيضا إلى مؤلفات أخرى مثل « شولحان عاروخ »
(المائدة الصلوة) التي أشرنا إليه من قبل ، تأليف « يوسف بن افرام كالزو » ،
وكتاب « الميموني » ، وغير ذلك من المؤلفات المول عليها .

وقد قسم الكتاب إلى قسمين : القسم الأول في الخطبة والزواج والحقوق
والواجبات بين الزوجين في الحياة والمات ، والطلاق والمدة والحضانة والرضاعة
وثبوت النسب . والقسم الثاني في الميراث والوصاية والوصية والاجر والهبة
والشهادة واليمين والعقود والتسجيل والتوكيل . وقد قل المؤلف في القسم الثاني
كتاب الموارث للإستاذ سعد القوي من علماء الاسرائيليين كما قدمنا . ويعتبر
هذا الكتاب المرجع الرئيسي في الأحوال الشخصية بالنسبة للرأينين ، وهم الفئة
الغالبية في مصر الأكبر عددا .

أما بالنسبة للرأينين ، فقد قل الأستاذ مراد فرج في سنة ١٩١٧ إلى اللغة
العربية - مع الشرح والتعليق - كتابا عن العبرية لوائحه «ياهو شياص» من

أبناء القرن الخامس عشر ، وعنوان الكتاب بالعربية « شمار الحضر في الأحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين » . ولكنكم لم يحن وقتها جاء كتاب ابن شيمون من حيث تبويه وتنظيمه في مواد على غرار المجموعات العديدة . وإنما عالج الموضوعات المختلفة تحت عناوين تقطع ، مع وضع فهرس ملائق النهاية . وقد بين الأستاذ مراد فرج في مقدمة الكتاب أنه « أكثر المؤلفين نوعاً عليه القنوى » . وأن واضعه قد « وقف أولاً على ما للعلماء قبله في المصنفات وأطلع عليها واستخلص منها ، بدليل استشهاده بهم ، واعتراضه على بعضهم . . . فكاد يكون كتابه زبدة ما قبله » . ثم أبان أن الغرض من هذا المؤلف هو أن ينتفع به القراءون ولا سيما الذين لا يعرفون العبرية أولاً فيجملونها .^(١) ولم يأت الكتاب منظماً على غرار المجموعات الحديثة ، كما قبلنا ، ولكنه تكلم في : المحارم إجمالاً ، الأسماء الشرعية : المحارم المنصوص عليها ، واختلاف العلماء في أمر المحارم . مسالك التحريم . ما أخذ التحريم وجداً وأوله ، وكيفية بنائها . حكمة الخليفة والزواج . العقد على المرأة (القنوان) : (المهر) الوثيقة . القبول . شروط المهر وأنواعه (إقاع العقد : (العاقد بشرط) من لا ينفذ عندهن : (المرأة وأختها . امرأة الرجل . المرتد وزوجها . الأجنبية المجارة . مرضة الزوج (الشرعي) . حرمة إناث وذكر آخر ولومع فاذا العقد : (ابن الحرام . العموى والمواوى . الأرومى والمصرى أول وثانى جيل الجحوشين . الشامرة . الزانية وزواج الثمة . المطلقة بعد عقد النير عليها . المسية . ممنوعة الكاهن . الموجه . والمجوب) . ثم تكلم عن الزواج . ما للمرأة على الرجل وما عليها ، والمخاصات بينها . وحلل الطلاق وشروطه وإقاعه . ثم تكلم بعد ذلك عن

(١) آخر ص ٣٠ و ٣١ من شمار الحضر .

الرضاعة والحضانة . كونها أرملة . ارتياح الرجل في امرأته . المحتال عليها
والمسكرة . في الزنا إجمالا . ثم تنكح بعد ذلك عن التورث والوقف والهبة
والوصية (ص ١٤٩ وما بعدها) . وتكلم أخيراً عن الشهود واليمين .
هذا وقد حاول الأستاذ مراد فرج في مؤلفه « القراون والريانون » إبراز
الفروق بين القواعد والأحكام التي يأخذ بها كل من هذين المذهبين (١) . كما
تمرض لذلك أيضاً في شعار الحضرة (٢) .

-
- (١) من ذلك أمثلة ما جاء بالنسبة للظلم (ص ١١٨ - ١٢٢) ، وبالنسبة لرواية
الرجل امرأته (ص ١٢٧ - ١٢٩) ، وبالنسبة لمسوغ الطلاق (ص ١٢١ - ١٢٢) ،
وبالنسبة لوثيقة الطلاق (ص ١٤٣ - ١٤٤) ، وبالتبريق الفرعي (ص ١٤٤ - ١٤٥)
والزواج (ص ١٤٦ - ١٤٧) ، والإرصاد الفرعي (ص ١٤٨ - ١٤٩) ، والردة والزوجة
جواردة والميراث (ص ١٤٠ - ١٤١) .
وقد لمس بعض القواعد الخلافية التي تدور حول المرأة (ص ١٤٤ - ١٤٥) . وهناك
فرض قتال (ص ١٤٧ - ١٤٨) . وقد بين في النهاية القواعد بين الطائفتين وخاصة
في تغيير المذهب وفي بعض المسائل المتعلقة بالزواج من ص ١٥٥ إلى ص ١٧١ .
(٢) أنظر مقدمة شعار الحضرة ، وخليفة ص ١ - ٣ .

الفصل الرابع

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين

٤٧ - تمهيد - خطة البحث : اتينا فيما سبق من بيان ما يعتبر شرعية عند غير المسلمين على اختلاف طوائفهم ، مع بيان المصادر التي كان يرجع إليها الفصل في منازعاتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل إلغاء المجالس المالية . وقد رأينا أن ما كان يدخل في الاعتبار هو الشرائع المختلفة لكل من الطوائف ، فشرائع غير المسلمين من المصريين إنما هي شرائع طائفية ، وإن كان هناك بعض طوائف تتحد شرائعها ، كالطوائف الكاثوليكية مثلاً . ولما أنشئت المجالس المالية قرر الإبقاء على القواعد التي كان العمل جارياً عليها من قبل أمام تلك المجالس من حيث الأحكام الموضوعية ، فأصبح على المحاكم العادية تطبيق شرائع غير المسلمين التي كان معمولاً بها من قبل أمام المجالس المالية . ولكن المشرع استلزم لتطبيق تلك الشرائع أمام المحاكم العادية شروطاً معينة ، فخص في المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم » . وبين من ذلك أن المشرع قد استلزم توافر شروط معينة حتى تطبق شريعة غير المسلمين . والشروط التي تستخلص من المادة السادسة هي أن يتحدد الخصوم في الطائفة والملة ، ولأن تكون لهم جهات قضائية مالية منظمة . وقت صدور القانون ٤٦٢ ، وأن تصدر الأحكام طبقاً لشريعتهم في نطاق النظام العام . فإذا تخلفت هذه الشروط أو تخلفت أحدها لا تطبق شريعة غير

المسلمين! لكن ماذا يكون الحكم بعد ذلك ؟ من المعلوم أن قضايا الأحوال الشخصية تغير المسلمين قيد عهد بها الآن ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية إلى دوائر تشكل بالمحاكم للفصل فيها . فما هو مدى اختصاص تلك الدوائر بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية لتغير المسلمين ، إذا لم تتوفر شروط تطبيق شريعتهم ؛ جميعاً أو أحدها ؟ ثم إنه من المعلوم كذلك أنه إذا لم تتوفر هذه الشروط أو أحدها طبقت الشريعة العامة ، وهي الشريعة الإسلامية ، فما هي القواعد الواجبة التطبيق في هذا الصدد ؟ وبمعنى آخر ، إذا ما رفع نزاع أمام دائرة من دوائر الأحوال الشخصية لتغير المسلمين ، وتحققت المحكمة أن شروط تطبيق شريعتهم التي يستلزمها القانون غير متوافرة ، فهل تنظر المحكمة النزاع في هذه الحالة ، أم تحكم بعدم اختصاصها . وإذا ما نظرت المحكمة النزاع وطبقت الشريعة الإسلامية ، فما هي قواعد الشريعة الإسلامية التي تطبق في هذه الحالة ، ومعلوم أن هذه الشريعة تفرق في هذا الصدد بين القواعد التي تطبق على المسلمين والقواعد التي تطبق على أهل النعمة . فأى النوعين من القواعد يطبق ، عندما يتعين تطبيق الشريعة الإسلامية ؟

وعلى ذلك قسم دراستنا في هذا الفصل إلى أربع مباحث . في المبحث الأول نتكلم عن اتحاد الطائفة والملة . والمبحث الثاني نتكلم عن وجود جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، وفي الثالث نتكلم عن مطابقة شريعة غير المسلمين للنظام العام ، وأخيراً نتكلم عن الآثار المترتبة على تخلف شرط من الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين .

المبحث الأول

اتحاد الطائفة والملة

٤٨ - تفرقة اصطلاحية : الديانة والذهب والطائفة : لا استلزام المنوع .

اتحاد الطائفة والملة كشرط من شروط تطبيق شريعة خير المسلمين . ولنفل من
اللازم قبل التكلم عن هذا الشرط أن نبدأ بتحديد المقصود بنبض المصطلحات
التي ساد استعمالها في هذا الشأن ، نظراً لما وقع في هذا الاستعمال من خلط وترب
عليه آثار قد تؤدي إلى نتائج متباينة :

رأينا من قبل أن الديانات المعترف بها في مصر غير الاسلام هي المسيحية
واليهودية . وإذا كان المشرع قد استلزم لتطبيق الشريعة المسيحية أو اليهودية
اتحاد الطائفة والملة ، فإنه يعني أن نحدد ماذا يقصد بالطائفة وماذا يقصد بالملة .
نشأت المسيحية - كما قدمنا - ملة واحدة ، ثم تفرعت بعد ذلك إلى
مذاهب ثلاثة هي الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية - أما اليهودية :
فقد تفرعت إلى مذهبين هما مذهب القرائين ، ومذهب الربانيين . وقد رأينا
أن كل مذهب من المذاهب السابقة - وبصفة خاصة في المذاهب المسيحية - قد
تفرع إلى طوائف متعددة على النحو الذي يتناه . ومعنى ذلك أن أبناء الديانة
الواحدة قد تفرعوا إلى مذاهب (مثل) والمذاهب قد تفرعت إلى طوائف .
وقد وجد للطوائف جهات قضائية خاصة بها في مصر ، فتعددت بذلك جهات
القضاء الطائفي بين غير المسلمين . فهناك إذن في هذا الصدد الديانة والمذهب
والطائفة .

وإذا كانت الديانة هي رسالة يوحى بها من السماء إلى الأرض عن طريق
نبي أو رسول ، فإن المذهب (أو الملة) إنما هو أسلوب معين أو طريقة معينة
في فهم الديانة ^(١) ، أما الطائفة فإنها أخص من المذهب ، إذ هي تفرع عنه .

(١) فالذهب البروتستانتي مثلاً يقوم على البعث مباشرة في الكتاب المقدس ، وأن رحمة
الدين ليسوا إلا بشرًا منهم .

والمذهب الواحد قد يدخل تحت طوائف متعددة . فإذا قيل المذهب الأرثوذكسى متلافاً لنا نجد أن أتباعه في مصر مقسمين إلى طوائف أربع : فهناك الأقباط الأرثوذكسى والأرمن ، الأرثوذكسى ، والسريان الأرثوذكسى . والرؤم الأرثوذكسى ؛ وجميعهم ينتمون إلى مذهب واحد هو المذهب الأرثوذكسى ، ولكن طوائفهم متعددة . وهذا ما هو كائن أيضاً بالنسبة للمذهب الكاثوليكي . أما المذهب البروتستانتي ، فقد اعتبر في مصر طائفة واحدة . والذي يجمع بين أبناء طائفة واحدة هو وحدة الرابطة من حيث الجنس أو اللغة أو العادات والتقاليد الخاصة ، مما يجعلها تشغل رؤسائها الدينيين ، ونظام عبادتها ، الدخلى . فالطائفة في الواقع وحدة دينية واجتماعية . وقد رتب المشرع على اختلاف الطائفة بين الأفراد آثاراً قانونية ، فلكل طائفة نظامها القانوني الخاص ، وهى بذلك تعد وحدة قانونية .

ومن ذلك نرى أن أبناء الديانة الواحدة ينقسمون إلى مذاهب (ملل) ، وأن المذاهب تنقسم إلى طوائف ، وهذا هو ما ينبى أن نحرص على إبرازه دائماً . فالمذاهب ، أو الملل ، تنفرع عن الديانات ؛ والطوائف تنفرع عن المذاهب المختلفة للديانة الواحدة^(١) . وإذا ما انتبهنا إلى ذلك فانه يتعين علينا أن نحدد ماذا يقصد بالاتحاد الطائفة والملة الذي نص عليه المشرع ، أو في عبارة أخرى ، ماهو الاختلاف في الطائفة والملة الذى يترتب عليه عدم تطبيق شريعة غير المسلمين ؛ فهل يكفي اتحاد أطراف النزاع في الملة وحدها أم يتعين كذلك اتحادهم في الطائفة ؛ وإذا كنا نطلب اتحاد أطراف النزاع في الطائفة والملة ، ففي تمتد بهذا الاتحاد ، وما هو الأثر المترتب على تغيير أحدهم لطائفته أو ملته ؟

(١) فلان مع ذلك تفرق الطائفة والمذهب والملة والوحدة الطائفية في كتاب محمد نمر ، ج ١ ص ٢٦٧ ، انظر إليه سليمان ، فقرة ٣٣ وما بعدها .

٤٩ - هل يكفى الاتحاد في الملة (المذهب) فقط ؟ : استلزمت المادة السادسة - كما قدمنا - اتحاد « الطائفة والملة » . وبما لا شك فيه أنه يتعين أن يكون أطراف النزاع ، طبقاً لهذا النص ، من ملة واحدة ، أى من مذهب واحد ، بأن يكونوا مثلاً من المذهب الارثوذكسى أو الكاثوليكي . بحيث أنه إذا كان أحد طرفى النزاع من المذهب الارثوذكسى والآخر من المذهب الكاثوليكي ، لا يتحقق بذلك اتحاد الملة ، وبالتالي لا يمكن تطبيق شريعتهم لتخلف شرط من شروط تطبيقها . وإلى جانب اتحاد أطراف النزاع في الملة أو المذهب ، يلزم كذلك اتحادهم في الطائفة . ومعنى هذا أنه لا يكفى أن يكون الخصوم جميعاً من المذهب الارثوذكسى مثلاً ، بل لا بد كذلك أن يكونوا من طائفة واحدة . لأن أنصار المذهب الارثوذكسى تعدد طوائفهم كما قدمنا ، فيلزم أن يكونوا من طائفة الاقباط مثلاً أو طائفة الروم . . فلو اختلف الخصوم من حيث الطائفة . بأن كان أحدهم من الاقباط الارثوذكسى ، والآخر من الروم الارثوذكسى ، لا يتوافر اتحاد الطائفة ، وبالتالي لا يمكن تطبيق شريعة غير المسلمين .

هذا هو المقصود باتحاد « الطائفة والملة » . ومنه تبين أن المشرع قد رتب على اختلاف الطائفة ، كما رتب على اختلاف الملة (المذهب) آثاراً قانونية معينة ، هى استبعاد تطبيق شريعة غير المسلمين ، والرجوع بذلك إلى الشريعة العامة ، وهى الشريعة الاسلامية . فالاختلاف في الطائفة قد أنزله المشرع منزلة الاختلاف في الملة أو المذهب الدينى ، ويرتب عليه تبعاً لذلك اختلاف القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق . وعلى ذلك ، لا تكون لشريعة غير المسلمين في مصر الولاية إلا في حالة اتحاد الخصوم من حيث الديانة والمذهب والطائفة (١)

(١) أنظر رسالة جرس ودع كساب في تنازع القوانين في استبعاد الزوج وأصحابه ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٤ ، ص ٥٢ .

وإذا كان المشرع قد نص على ضرورة اتحاد الطائفة والملة ، فإنه قد رجع بذلك إلى الرأي الذي كان ينادى من قبل باختصاص الحاكم الشرعية في حالة اختلاف الخصوم غير المسلمين من حيث الطائفة والمذهب والديانة . وهو الرأي الذي رجح في الفقه والقضاء من قبل^(١)

وعلى الرغم من صراحة نص المادة السادسة واستلزامها اتحاد «الطائفة والملة» إلا أن البعض^(٢) قد ذهب إلى أن المقصود بالاتحاد هنا هو الاتحاد في المذهب فقط . وبالتالي فإن الاختلاف في الطائفة لا أثر له من حيث تطبيق الشريعة الدينية . ولعل ما حدا بالقاتلين بهذا الرأي إلى المناداة به هو الرغبة في تطبيق نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين ، والتوسع تبعاً لذلك في نطاق تطبيق شريعتهم المالية . وهذا ما حدا بالبعض قبل صدور القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ إلى القول باختصاص جهة المدعى عليه ، فقالوا بتطبيق قاعدة أن المدعى يتبع محكمة المدعى عليه في الاختصاص ورأوا أنه يكفي أن يكون المدعى عليه تابعاً لقضاء طائفة معينة ، حتى يثبت الاختصاص لمجلس هذه الطائفة المالي ، وأنه لا ضرورة لتبعية جميع الخصوم لها^(٣) .

وأيما كان الدافع إلى هذا الرأي ، فقد قيل ، تأييداً لفكرة أن المقصود بالاتحاد هنا هو الاتحاد من حيث المذهب فقط وأن الاختلاف في الطائفة لا أثر

(١) أنظر المرجع السابق ، ص ٥٧ - ٥٩ .

(٢) أنظر حلمي بطرس ، المرجع السابق ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٣) أنظر كتاب المرحوم الدكتور أبو هيف (ك) في الدولي الخامس ، جزء ١ ، بند ٦٣٠ ص ٩٣٥ ، ٩٣٦ ، وقد أشير إليه في مقال الأستاذ أحمد عبد الحادي عن الحاكم لصرعية وسلطانها على غير المسلمين ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٥٠ ص ٢١ هامش رقم ١ ، وأنظر أيضاً المراجع المشار إليها في هامش رقم ٢ ص ٥٨ من رسالة بطرس كتاب السابقة .

له « إن القول بأن اختلاف المتازعين في الطائفة يعادل في نتيجته اختلافها في المذهب من حيث قصور ولاية القانون الديني عن حكم الملاقة القانونية ، حتى ولو كانت الطائفتان تفتتان مذهبا دينيا واحدا ، يخلفي الأساس الذي بُدِئ عليه ولاية القانون الديني . ولا يتفق مع مقاصد المشرع من ذلك ، وينتهي إلى نتائج غير عادلة . إن المشرع حين نص على إخضاع علاقات الأحوال الشخصية لغير المسلمين » لأحكام شريعتهم « استهدف المساواة بين المصريين وكفالة حرية اعتقادهم . فلا تمتد أحكام ديانة إلى غير أهلها . » ويرى القائلون بهذا الرأي أن القول مثلا بإخضاع علاقة الزواج بين كاثوليكين مختلفين من حيث الطائفة لأحكام الشريعة الإسلامية فيه خروج على كفالة حرية العقيدة^(١) ، في حين أنهما لو اتحدا من حيث الطائفة خضعا لأحكام المذهب الكاثوليكي ، مع أن الطرفين في الحالة الأولى مثلها في الحالة الثانية يدينان بقيدة مذهبية واحدة وينضويان تحت رئاسة دينية واحدة ، ويخضع زواجهما من الناحية الدينية لأحكام دينية واحدة . وما يقال عن الزوجين الكاثوليكين يقال عن الأرثوذكسين ... وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن تحقيق مقاصد المشرع يحمل على القول بصرف معنى الاتحاد في « الطائفة والملة » إلى الوحدة المذهبية . فيعتبر طرفا المنازعة متحدين طائفة وملة كلّا اتصيا إلى وحدة مذهبية واحدة ، وأن الوحدات المذهبية في مصر هي الأرثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية^(٢) .

فقضى الرأي السابق أن الشريعة الإسلامية . بصفتها الشريعة العامة في مصر ، لا تكون مخصصة إلا إذا اختلف الخصوم من حيث المذهب قطعا ، كما لو كانت العلاقة بين أرثوذكسي وكاثوليكي أو بروتستانتي . وقد حاول المنادون بهذا

(١) وقد تأملت بهذا الرأي دائرة الأحوال الشخصية للأجانب بمحكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٥ مارس ١٩٥٨ قضية ٦ لسنة ١٩٥٧ .

(٢) جليي بطرس ، المرجع السابق ، ص ٤٤ - ٤٥ .

الرأى تأييده من ناحية أخرى يقولهم إن اختلاف الطوائف لا ينعني اختلاف القواعد الواجبة التطبيق ، ويقولون إن الكاثوليكية مذهب واحد لا يختلف أحكامه باختلاف الطوائف التي تنسقه ، وأن الأمر بالنسبة للمذهب البروتستانتي لا يثير إشكالا ما ، لأن المشرع اعتبر جميع معتقيه طائفة واحدة . أما بالنسبة للمذهب الأرثوذكسي فإنه وإن انقسم تابعوه إلى فريقين ، فريق يدين بالطبيعة الواحدة وفريق يدين بالطبيعتين ، إلا أنه فيما عدا هذا الخلاف الديني النظري ، فإن الأحكام الموضوعية للزواج والطلاق تكاد تكون واحدة^(١) .

هذا هو رأى من قال بالتناضح عن الاختلاف في الطائفة ، وأن الاختلاف لا يترتب عليه أثره من حيث تطبيق شريعة غير المسلمين ، إلا إذا كان اختلافه في المذهب لا الطائفة .

وإذا كان لنا أن نرد على هذا الرأى ، فانا نبادر إلى القول بأننا لا ننكر أن القواعد الموضوعية التي تطبقها كثير من الطوائف إنما هي قواعد واحدة في مسائل الزواج ، وأن الشرائع المالية لا تعدد بتعدد الطوائف . أى أنه ليس هناك من حيث الواقع أربع عشرة شريعة ملية مختلفة للطوائف الدينية لغير المسلمين في مصر^(٢) . وهذا واضح بالنسبة للطوائف الكاثوليكية . وتعددنا عندنا سبع طوائف ، وقد كانت المحاكم الطائفية للكاثوليك تطبق قواعد واحدة في مسائل الزواج صدرت بها إرادة رسولية في سنة ١٩٤٩ بالنسبة لكاثوليك الشرق بصفة عامة . فبالنسبة للكاثوليك هناك إذن تعدد في الطوائف ووحدة

(١) المرجع السابق ، ص ٤٢ - ٤٣ .

(٢) قانون : حامد زكي ، مسائل في القانون الدولي الخاص المصري ، مجلة القانون

والاقتصاد ، ص ٣٠١ .

في القواعد الواجبة التطبيق (١)

لكن إذا كان هذا مسلماً به فإن المنادين بالرأى الذى تناقضه لم يقطعوا بوحدة القواعد المطبقة بالنسبة للأرثوذكس؛ فهم يقولون إن القواعد بالنسبة لهم «تكد تكون واحدة»، مما يقطع بوجود خلاف بينها، وهذا وحده كاف للرد على الحجة التى نحن بصددها. فوجود خلافات مهما كانت يسيرة ينفي الأساس الذى يستند إليه القائلون بالرأى الذى نحن بصدده، إذ من المفروض أنه إذا وضعت قاعدة كان من المتعين تطبيقها على كل الحالات. والواقع أنه لا بد من وجود خلافات فى الأحكام الموضوعية بين الطوائف، وخاصة بين الطوائف الأرثوذكسية. مردها إلى أن المتعين لهذه الطوائف من المصريين من ينتمى إلى شعوب مختلفة ذات تقاليد متباينة فى أنظمة الأسرة، مما قد يكون له أثره على أحكامها الموضوعية؛ وهذا ما يسلم به أصحاب الرأى الذى نحن بصدده (٢). ثم إن «إمكان وجود الخلاف» على أى مدى، يتحقق من أن لكل طائفة مجلساً ملئاً وكنيسة مستقلة تستطيع أن تتخذ القواعد التى تخص لها الطائفة، دون أن تقوم على ذلك أى قيود من رقابة طائفة أخرى، نتيجة لاستقلال الطوائف (٣). وهناك من الطوائف كالأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس ما يعد قوانينه ويجعلها خاصة به، ولا يواجه فرض تطبيقها على طوائف أخرى، على أى صورة من الصور (٤). بل إنه حتى بالنسبة للكاثوليك

(١) ولا يشور إشكال بأنسية فيروتسمانت «فهناك مذهب واجبة، اعتبر مستنقوه طائفة واحدة».

(٢) أنظر حاشى بطرس، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٣) جميل الشرفاوى، الكتاب الثانى فى الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين «سنة ١٩٥٥»، ص ١٠.

(٤) المرجع المشار إليه فى المامش السابق، ص ١٠ - ١١.

ولو أن قواعدهم وأخذهم إلا أن روح تطبيق هذه القواعد يختلف من طائفة إلى طائفة ،
لما لكل طائفة من نطاع خاص وقواعد لصيقة بها تؤثر في فهمها وتفسيرها للقواعد
الواجبة التطبيق (كلا قبائط والموارنة مثلا) .

ومن ناحية أخرى ينبغي أن نراعى أن الرأي الذي نحن بصدده لا يتفق
مع ما كان سائداً من قبل ، كما أنه لا يتفق مع ما يفهم من نصوص التشريعات
التي نطقت بعض الطوائف في مصر .

قد أشرنا من قبل إلى أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء قبل صدور
القانون ٤٦٢ كان يتجه إلى أنه في حالة الاختلاف في الطائفة تكون المحاكم
الشرعية بحاجة للاختصاص . أما بالنسبة للفقه فقد استلزم توافر اتحاد الطائفة
بين الخصوم . فإذا اختلفوا مذهباً واختلفوا من حيث الطائفة ، لا يتحقق شرط
اتحاد الملة ^(١) . كما يقرر كذلك أن اختصاص المحاكم الشرعية في حالة اختلاف الطائفة
يتفق وأصل الولاية الدينية باعتبار أن هذه الولاية سلطة داخلية عائلية
patriarcale تعتمد على اتفاق الطرفين ضمناً على الاحتكام أمام رؤسائهم
الروحانيين والأرثوذكس ^(٢) .

وقد أخذ القضاء أيضاً بهذه الوجهة . فقد ثبت القضاء المختلط على أن الولاية
الدينية إلزامية في حالة انتهاء طرفي الخصومة إليها ديانة ومذهباً وطائفة . وقررت
هذه المحاكم أن الاختصاص في حالة اختلاف غير المسلمين في المذهب أو الديانة
يكون للمحاكم الشرعية ، وأن الشريعة الإسلامية تطبق بصفة إجبارية على الرعايا

(١) أنظر احمد صفوت ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٢) بطرس كساب رسالته ص ٥٧ ، وأنظر أيضاً ص ٥٨ . والمراجع المشار إليها في الهامش
وقم ٤٠٠ . وكذلك رسالة الدكتور بنداي ، السابق الإشارة إليها ، ص ١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٩
(النسخة المرمية) .

المسيحيين المحليين في مسائل الأحوال الشخصية - على الأقل كإحدى نامة -
 في كل حالة يخرج فيها عن النطاق الذي رسم لاختصاص المحاكم الشرعية . ويكون
 هذا بصفة خاصة إذا كان أحد الطرفين من مذهب مختلف وهذا من شأنه
 أن يجعل المحاكم الشرعية مخصصة بقوة القانون ، وهي لا تنطبق ، ولن تستطيع أن
 تطبق إلا الشريعة الإسلامية Lequel n' applique et ne peut
 appliquer que le droit musulman . فالذي يبدو من قضاء المحاكم
 المختلطة أنها تستلزم لاختصاص المحاكم الطائفية لتبرير المسلمين اختصاصاً إلزامياً ، أن
 يتعد المتخاصمون من حيث الطائفة كذلك ^(١)

كما قضت المحاكم الأهلية أيضاً بأنه يشترط لاختصاص المجلس الملى للاقباط
 - الأرثوذكس في مسائل الارث شرطان : الأول : أن يكون المتقاضى أمامه
 يرضاء الاختصاص . الثاني : أن يصدر قراره في حدود اختصاصه ، أي بين
 الأشخاص التابعين للطائفة المذكورة . . . ^(٢) وقد كانت محكمة النقض عند تأمر هذا

(١) أنظر استئناف مختلط في ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ ، البلتان من ٢٨ س ٢١٨ وما
 بعده ، ٢٠ يونيو ١٩٢٢ ، البلتان من ٤٥ س ٢٢٢ ، ٢٨ يناير سنة ١٩٢٢ البلتان
 من ٤٤ س ٢٠٥ .

(٢) استئناف أهلي في ١٥ أبريل ١٩٢٨ ، الحاماة من ٨ رقم ٩٥٤ س ٩١٦ . وانظر
 أيضاً استئناف في ١٠ ديسمبر ١٩٢٢ ، الحاماة من ١٤ رقم ٤٢٩ س ٨٧٤ ، وقد تقرّر
 في هذا الحكم الأخير أن المحاكم الشرعية تطبق الشريعة الإسلامية لاختصاص التظلمين .
 وانظر كذلك محكمة مصر الكلية في حكم استئناف بتاريخ ٢٧ فبراير ١٩٢٤ ، الحاماة من ١٤
 رقم ٢٢٢ س ٦٢١ ، وهو منشور ضمن حكم النقض بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٢٥ مجموعة عمر
 جز ، أول رقم ٢٢٤ س ٥٦٧ . وقد جاء بهذا الحكم الأخير أن اختصاص المحاكم الشرعية
 في حالة اختلاف ملة المتقاضين قد تأيد بما جاء بالأهمية . فترتيبها الصادر سنة ١٩٢١ والتي نصت
 في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ على أن موعود الطلاق لا تنسج من أحد الزوجين غير المسلمين
 على الآخر إلا إذا كانا يبرطان وقوع الطلاق ، ويستند من هذا بهادة - كما
 جاء في الحكم - أن المحاكم الشرعية مخصصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية =

الوضع قبل إلغاء المجالس المليّة ، إذ قررت أن انضم الزوج قبل الزواج إلى طائفة الزوج ، يجعل المجلس إلى هذه الطائفة هو المختص بمسائل الأحوال الشخصية ^(١) هذا هو ما أخذ به الفقه والقضاء من قبل .

على أن رغبة المشرع تبدو واضحة في سلب ولاية الحاكم الطائفية إذا اختلف الخصوم من حيث الطائفة حينما أصدر القوانين الثلاثة المنظمة لبعض الطوائف . ذلك أن المادة ١٦ من الدكرتين الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ الخاص بلامعة ترتب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكسية نص على أن « من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من المصلوبي .. » . والذي يفهم من ظروف هذا التشريع الخاص بالأقباط الأرثوذكس أن المقصود بأبناء الملة في هذه الحالة هم طائفة الأقباط الأرثوذكس ، لأن الدكرتين صدرت خصيصاً لهذه الطائفة وحدها ولا شأن له ببقية طوائف المذهب الأرثوذكسي ^(٢) . وهذا هو

الخاصة بنهر السنين « وما ذلك بطبيعة الحال إلا في حالة اختلاف الدين أو الملة . أي أن المشرع اعتبر هذا الاختصاص أمراً مفروضاً منه ، ووضع في قاعدة موضوعية في حالة من أحواله ، وهو طلاق غير المسلم لزوجة غير المسلم » (راجع ما أشار إليه المحكم من مراجع وأحكام في هذا الصدد) .

(١) نقض في ٢٦ نوفمبر ١٩٥٤ ضمن رقم ٥٠٥٠ في ٥ في مجلته أحكام النقض في ٢٥٠ عاماً رقم ١٥٦ ص ١٦٠ . وفي هذا الحكم كانت الزوجة مارونية وكاتوليكية في الأصل ، ثم انتقلت قبل الزواج إلى طائفة الروم الكاثوليك التي ينتمي إليها الزوج ، وذلك ليكون قد أُنجزت معه في المصلحة بعد أن كانا متعدين في المذهب غلط ، ولجميع المجلس إلى طائفة الروم الكاثوليك هو المختص بمسائل الأحوال الشخصية بين الزوجين .

(٢) وقد أياهم محكمة النقض من ذلك صراحة في حكمها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٥٤ (مجموعة المكتب الفني ص ٥ العدد ٣ ص ٦٨٧) حيث قال : « وهو ظاهر منصوص الأمر إلى المبدأ بإنشاء هذا المجلس (مجلس الأقباط الأرثوذكس) في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ . والقوانين المعدلة له « أن المشرع قصد اختصاص المجلس إلى محل متعلق بالسلطة الشخصية المعينة في المادة السادسة عشرة منه ، كما أنه جل مناط هذا الاختصاص الاستعانة بالقسوس أن يكون طرفاً الخصومة من أبناء الملة ، أي من الأقباط الأرثوذكس ، وموسم هذه الملاحظة أن

ما يمكن أن يقال بالنسبة للتشريع الذي صدر منظاراً من الكاثوليك والإنجليز
الوطنيين (١).

ومن هذه التشريعات الثلاثة يتضح أن اختصاص القضاء الطائفي كان مقيداً
بأبناء الملة التي يمثلها المجلس . ذلك أن الأنظمة الثلاثة قد قصرت ولاية كل
طائفة على أبناءها بصريح العبارة . وهذا يبين بمجلاء نية المشرع في تحديد مدى
اختصاص محاكم الطوائف بالنسبة للأشخاص (٢).

هذا ويمكن أن نضيف إلى ماسبق حجة أخرى مستمدة من وضع الشرائع
الملية الإيستثنائية ، ذلك أن ولاية الشرائع الدينية إنما هي ولاية استثنائية بمحتة ،
وإذا ما سمح تطبيقها فإنه يتعين أن يكون ذلك في أضيق الحدود أي أنه لا يجب
التوسع في تطبيقها ، والقول بأن اختلاف الطائفة لا أثر له يتنافى مع هذه الفكرة
ويؤدي إلى التوسع في الاستثناء . بل إنه يتنافى أيضاً مع الروح العامة في
التشريعات التي ألغيت بها جهات القضاء الدينية ، وهي روح التوحيد . فعدم
التوسع في تطبيق التوحيد الإيستثنائية يتفق مع روح التوحيد . وليس في تطبيق
قواعد الشريعة الإسلامية - باعتبارها القانون العام في مسائل الأحوال

المجلس هو مجلس طائفة حينما لا يشترك في انتخاب من ينتخب من أعضائه إلا أفراد
الطائفة المعنية بالارثودوكسية ، وأنه لصحة الخاصة لا يملك المحكم غير قواعد التي تسرى
على أبناء الطائفة . ولذلك نصرت اختصاصية طليم دوني . سولام . . . (انظر ص ٦٦٦)
وأعترض أيضاً حكماً آخر لحكمة النقص بنفس التاريخ ، وفي نفس المجموعة من ٧١٢ . وفي
هذا الحكم الأخير كان أحد الطرفين من الانباط الارثودوكس والاخر من الانباط
الكاثوليك .

(١) انظر المادة ١٦٦ من الامر العالي في ١٨ نوفمبر ١٩٠٥ الخاص بالارمن ، والمادة
٢٤ من الامر العالي في ١٩ مارس ١٩٠٢ الخاص بالانجليز .

(٢) انظر أيضاً أحد جديس الحادي ، والمقال السابق ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٥ من ٢٢٢ .
طرس كتاب المرجع السابق ، فقرة ٢٨ من ٣ ، عبد النعم وباش ، المرجع السابق ،
فقرة ٦٠٥ من ٥٢٤ .

الشخصية - ما ينافي روح العدالة ، بل هو حل تفرضه أصول التنظيم القانوني في الدول الحديث^(١) .

ثم إنه إلى جانب ما سبق ينبغي ألا تنقض الطرف عن صراحة المادة السادسة من القانون ٤٦٢ التي تستلزم اتحاد « الطائفة والملة » . وقد سبق لنا بيان أن الطائفة وحدة قانونية يجمع بين أفرادها روابط الجنس والتقاليد ... أما الملة فالتصود بها المذهب^(٢) . وإذا كان النص واضحاً صريحاً على هذا النحو ، وبهم منه أن اختلاف الطائفة يرتب أثره كاختلاف الملة سواء بسواء . فلماذا تتناهى عن ذلك ، وقصر الأمر على حالة اختلاف المذهب فقط . وإذا كانت هذه هي نية المشرع فما كان أيسر عليه من أن يستل بيارة المتحدى الطائفة والملة عبارة المتحدى الملة (أو المذهب) فقط^(٣) .

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نتوه بأن الأحكام الحديثة الصادرة بعد إلغاء جهات القضاء الطائفي ترمي ما جاء في المادة السادسة وتنتظر دائماً فيما إذا كان الخصوم متحدين « الطائفة والملة » حتى تطبق أحكام شريعتهم^(٤) أو كانوا مختلfi الطائفة والملة فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإذا كان الزوج من الأقباط

(١) أنظر في هذا ، جيل الفرقاوي ، الكتاب الثاني (١٩٥٨) ، ص ١١ - ١٢ ، وقارن أيضاً ، أحمد عبد الهادي ، السابق ، ص ٢١ .

(٢) ولعل من المفيد هنا أن نشير إلى أن لفظ « الملة » كثيراً ما استعمل وقصد به إما الطائفة والمذهب أو العقيدة . ولذلك ينبغي الحذر في فهم مدلوله ، وإن كان المقصود به في عبارة نص المادة السادسة هو المذهب كما سبق أن بينا .

(٣) أنظر مذكراتنا في الأحوال الشخصية لتغير المسلمين من المصريين ، لطلبة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عام ١٩٥٧ - ١٩٥٨ ص ٢٤ وما بعدها وخاصة ص ٢٧ .

(٤) أنظر على سبيل المثال ، حكم محكمة قنا الابتدائية للأحوال الشخصية في ٢١ فبراير ١٩٥٦ ، المملدة ص ٢٧ رقم ١١٠ ص ١٩٩ . وانظر الأحكام الجديدة التي أوردها دفت خفاجي وراجح لطفى في هذا الصدد ، المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

الأرثوذكس والزوجة من الروم الأرثوذكس أو كان النزاع بين أرمني أرثوذكسي ورومي أرثوذكسي ، طبقت الشريعة الإسلامية^(١) . والواقع في هذه الحالة أن أطراف النزاع ينتمون إلى مذهب واحد هو المذهب الأرثوذكسي ، ولكنهم يختلفون من حيث الطائفة . إذ في الحالة الأولى كان النزاع بين قبلي ورومي وفي الثانية بين أرمني ورومي . ومن باب أولى تطبيق الشريعة الإسلامية إذا اختلف الطرفان من حيث الطائفة ومن حيث المذهب ، كما إذا كان الزوج من الأرمن الكاثوليك والزوجة من الروم الأرثوذكس^(٢) .

هذا وقد جرت المحاكم في جميع أحكامها التي طبقت فيها شريعة غير المسلمين من المصريين ، على بيان أن الطرفين متحدين من حيث الطائفة والملة في عبارة أصبحت تقليدية : « حيث أنه ثبت أن الطرفين (أو حيث أن الطرفين أقرا بأنهما ..) من الأقباط الأرثوذكس .. أو الأرمن الارثوذكس ... فانه يتعين الفصل بينهما طبقا لشريعتيهما » .

كما أيد الفقه الحديث في مسائل الأحوال الشخصية لنير المسلمين هذا الاتجاه ذون تردد^(٣) .

(١) أنظر محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية في ٢٦ يناير ١٩٠٦ (غير منشور) وحكمها في ١٩٠٦/٤/١٦ رقم ٧١ ص ١٩٠٦ صالح حتى رقم ٢ رقم ٢/٧٠٤ ص ٥٢٩ . وقد جاء في هذا الحكم صراحة « أن الاختلاف في الطائفة يترتب عليه اختلاف في القواعد الدينية الموضوعية ، ويتمين به ، الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ... » (النزاع كان خاصا ببيت نسب ١ . وكذلك في ١٨ فبراير ١٩٠٨ في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٩٠٧ (غير منشور) .

(٢) الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية في ٢٦ فبراير ١٩٠٧ في القضية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ (غير منشور) .

(٣) أنظر في هذا : احمد سلامة ، السابق ط ٢ بند ١١١ ص ٢٠٢ وما بعدها . إهاب اساعيل : أصول الأحوال الشخصية ، ط ١ ص ١٠٧ وما بعدها . عبد الودود يحيى : السابق ص ٥٨ - ٦٠ . جميل الشرفاوي (طبعة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) خاصة ص ٢٤ .

نخلص مما سبق أنه يتعين أن يتحد أطراف النزاع من حيث «الطائفة والملة»^(١) وذلك لتطبيق شريعة غير المسلمين متى توافرت الشروط الأخرى ، فإذا اختلفت الطائفة ، كان ذلك بمنزلة الاختلاف في المذهب ، وبالتالي تطبيق الشريعة العامة وهي الشريعة الإسلامية . وهذا ما انتهت محكمة النقض إلى تأييده . فقررت أن اختلاف الطائفة يكفي لتطبيق الشريعة الإسلامية^(٢) .

٥- الوقت الذي يستد فيه باتحاد الديانة والمذهب والطائفة :

انتهينا فيما سبق من بيان المقصود باتحاد « الطائفة والملة » ، كشرط من الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين ، ويتعين علينا بعد ذلك أن نحدد الوقت الذي يستد فيه بهذا الاتحاد ، حتى يرتب آثاره . ومعرفة الوقت الذي يستد فيه باتحاد الطائفة والملة تظهر أهميته إذا علمنا أن روابط الأسرة بصفة عامة ، سواء نشأت من علاقة زوجية أو غيرها ، إنما هي روابط لانتشاء وتنتهي مرة واحدة ، بل إنها تنشأ وتنتهي ، وبالتالي فإن ما يرتب على هذه الروابط من آثار يبقى مستمراً كذلك ، وخلال قيام تلك الروابط قد تسور المنازعات بين الأفراد ، فتسور الحاجة تبعاً لذلك إلى معرفة القانون الواجب التطبيق ، هل هو القانون الذي كان يحكم العلاقة أو الواقعة عند نشوئها أم أن هذه أو تلك تنصص لقانون آخر . وزيد من صعوبة الأمر عدم بقاء الأفراد على

(١) وذلك بطبيعة الحال فضلاً عن اتحاد الديانة . بأن يكون أطراف النزاع من المسيحيين أو من اليهود ، حيث إنهما ديانتان معترف بهما مساوياً على ما بينا من قبل (انظر بند ٢٨ فيما سبق) .

(٢) انظر حكم النقض في ٦ فبراير ١٩٦٢ طين رقم ٣٦ س ٢٩ ق- مجموعة المكتب الفني س ١٤ عدد ١ رقم ٢٨ ص ٢١٠ . وقد كان الطرفان أرثوذكسيين لكن الزوجة أرمنية والزوج رومي . وكذلك حكما في التاريخ نفسه طين ٣٧ س ٣- المرجع نفسه رقم ٢٩ س ٢١٨ .

حالتهم الى كانوا عليها عند نشوء الروابط . فقد تنشأ الرابطة بين زوجين متحدين في الطائفة والملة ثم يغير أحدها طائفته أو ملته ، وتبعاً لذلك يثور التساؤل عن الوقت الذى يمتد فيه باتحاد الطائفة والملة حتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ، هل هو القانون الذى يحكم الرابطة الزوجية عند نشوئها ، أم هو قانون آخر .

ولا صعوبة أولاً إذا ما قام النزاع بين متحدى الطائفة والملة منذ قيام الرابطة بينهم إذا ظلوا كذلك حتى الفصل فى النزاع ، إذ فى هذه الحالة تطبق شريعتهم متى توافرت الشروط الأخرى لتطبيقها . ولا صعوبة كذلك فى الفرض العكسى ، إذا ما قام النزاع بين مختلفي الطائفة والملة . متى كانوا كذلك عند بدء قيام الرابطة وظلوا هكذا حتى الفصل فى النزاع ، إذ فى هذه الحالة يتمتع تطبيق شريعتهم ، وتطبق الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية .

ولكن الصعوبة تثار فعلاً إذا ما غير أحد طرفي النزاع فى الفرضين السابقين طائفته أو ملته ، فأصبح هناك فى الحالة الأولى اختلاف فى الطائفة والملة بعد قيام الرابطة بين متحديهما ، أو أصبح هناك فى الحالة الثانية اتحاد فى الطائفة والملة بعد أن كان أطرافها مختلفين . فالى أى مدى يمتد بهذا التغير الطارىء على الرابطة ، وقد يكون هذا التغير قبل قيام أى نزاع ، وقد يكون بعد قيام النزاع أو أثناء سير الدعوى إذ ما رُفع النزاع إلى القضاء .

يثير هذا الموضوع إشكالات متعددة ، إذ أنه يتصل بمسائل متباينة ، لأنه إذا ما غير أحد أطراف الرابطة ديانتَهُ أو مذهبه أو طائفته ، ثار النزاع حول ما اكتسب من حقوق فى ظل الوضع السابق ، كما يثار النزاع كذلك حول مدى لاعتداد بالديانة الجديدة أو المذهب الجديد ، وهى أمور تتصل بحرية العقيدة ، وخاصة أنه قديماً من مثل هذا التغير التهرب من الوضع السابق وما يفرضه من

التزامات ، وكل هذه مسائل دقيقة تتصل بالموضوع ، سنعرض لها فيما يلي :
وأيا ما كان الأمر في هذا الصدد ، فإن التساؤل يثور عن مدى الاعتداد
بالتغيير الطارىء على الرابطة . ففي حالة الزواج مثلاً ، هل نطبق القانون الذى
نشأت العلاقة الزوجية فى ظله ، أم ندخل فى الاعتبار ما طرأ من تغيير بعد قيام
الرابطة ويكون لهذا التغيير أثره من حيث تغيير القانون الذى يحكم النزاع بين
الزوجين فى ظل الوضع الجديد ؟

لقد قام المشرع المصرى بوضع حلول لمشكلة مشابهة للمشكلة التى نعرض
لها فى نطاق القانون الدولى الخاص . إذ قد يحدث أن يغير الشخص جنسيته
فيغير بذلك القانون الواجب التطبيق ، ولهذا حل المشرع المشكلة عن طريق
النص بقرار فى المادة ١٣ من القانون المدنى أنه « يسرى قانون الدولة التى ينتسب
إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج .. » أما بالنسبة
للطلاق « فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتسب إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى
على التطبيق والافصال قانون الدولة التى ينتسب إليها الزوج وقت رفع الدعوى » .

وفى المادة ١٧ يقرر المشرع أنه بالنسبة للميراث والوصية وسائر التصرفات
المضافة إلى ما بعد الموت ، فإنه يسرى عليها قانون المورث أو الموصى أو من
صدر منه التصرف وقت موته . ومن ذلك يبين لنا أن المشرع قد تولى بنفسه
تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما تغيرت جنسية الشخص ، فوضع بذلك
حداً لما كان يمكن أن يثار فى هذا الصدد من خلاف حول القانون الواجب
التطبيق . ولكن الحلول التى وضعها المشرع فى هذا الصدد إنما هى حلول جزئية ،
إذ وضع حلاً مغايراً فى كل حالة ، ولم يصدر بذلك عن قاعدة عامة . والأمراً كما
هو واضح يتعلق بالعلاقات ذات المنصر الأجنبى . وبالتالى لا يمكن إعمال
الحلول السابقة فى النطاق الداخلى .

ولهذا يظل التساؤل قائماً عن الحل الواجب التطبيق في حالة تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة في النطاق الداخلي ، ومن المعلوم أن هذا التغيير يترتب عليه تغيير القواعد الواجبة التطبيق ، إذ أننا إما أن نطبق الشريعة الخاصة بغير المسلمين ، وإما أن نطبق الشريعة العامة وهي الشريعة الإسلامية .

لقد فصل المشرع في كل ما يثار حول هذا الموضوع من خلاف بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، إذ قضى في المادة السابعة منه أنه « لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة (وهي الخاصة بتطبيق شريعة غير المسلمين) تغيير الطائفة والملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » (وهي الخاصة بتطبيق الشريعة الإسلامية) . ومن هذا يتضح أن المشرع قد وقف عند وقت رفع الدعوى وجعله الوقت الذي يتحدد فيه القانون الواجب التطبيق ، لأنه ينظر فيه إلى اتحاد الخصوم أو اختلافهم من حيث الطائفة والملة : فإذا كان الخصوم متحدين في الطائفة والملة وقت رفع الدعوى طبقت شريعتهم ، وإلا طبقت الشريعة الإسلامية . ومعنى ذلك أن كل تغيير يطرأ بعد نشوء العلاقة ينتج أثره طالما أنه كان قبل رفع الدعوى . أما بمدرفع النزاع إلى القضاء ، فلا أثر للتغيير الذي يطرأ من حيث تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ، اللهم إلا إذا كان التغيير أثناء سير الدعوى إلى الإسلام . إذ في هذه الحالة يمتد به ، فتطبق الشريعة الإسلامية . هذا هو حكم القانون في تحديد الوقت الذي ينظر فيه إلى اتحاد الطائفة والملة^(١) .

(١) وهذا هو ما يعلم به غالية الشراح في الوقت الماض : أنظر : جيل الشراوى (ط ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٣٥ . عبد الودود يحيى ، السابق ص ٦١ . إهاب اسماعيل : أصول الأحوال الشخصية ، السابق بند ٧٢ ص ١٢٦ . ولكن البعض (أحد سلامة -

وقد عرض الأمر على القضاء بعد إنشاء المجالس المالية ، قضت محكمة القاهرة الابتدائية في استئناف رفع إليها عن حكم صادر من محكمة شبرا الخيرية بأن العبرة في اتحاد الخصوم من حيث الطائفة والملة هو بوقت رفع الدعوى ، وكانت المحكمة الجزئية قد قضت بغير ذلك مقرر أن العبرة في اتحاد الخصوم من حيث

== طيبة (١٩٦٢) إذا كان يسلم بوجوه نظر القانون من الاعتداد بمرحلة رفع الدعوى (بند ١١٨ من مؤلفته) ، إلا أنه يرى أنه من الناحية النظرية البحتة ينبغي الاعتداد بمرحلة نشوء العلاقة بالنسبة لشرط الاتحاد في الطائفة والملة (س ٢٢٤) وهو يرى أن محكمة النقض تؤيد هذا النظر . واستند إلى أحد أحكامها في ٢٦ نوفمبر ١٩٥٤ . ولكن الواقع أن ما عرض له الحكم السابق ، صفة أساسية ، كان إثبات تغيير الملة والطائفة (وقد أوردنا الحكم المذكور في هذا الصدد عند كلامنا عن إثبات الاتحاد في الطائفة والملة ص ٢٠٣ هامش ٢ من الطيبة الأولى لهذا الكتاب) . إذ لم تقتض المحكمة بتغيير الزوجة لطائفتها وملتها عن طريق الشهادة التي قدمتها ، عاجل المحكمة بقرار أن هذا التغيير لا أثر له ، وأن الزوجين لازالا متعددين في الطائفة والملة ، نظرا لأن الزوجة كانت قد انتت قبل زواجها إلى طائفة زوجها ، ويؤكد عدم اعتراف المحكمة بالشهادة التي قدمتها الزوجة لإثبات أنها صارت قبلية أرثوذكسية ما جاء في الحكم من أن الزوجة « قد ظلت حتى بعد نشوب الخلاف بينها وبين زوجها تعتبر نفسها من طائفة الكاثوليك » ، والنتجاء فضلا إلى مجلس ملي الإقباط الكاثوليك ورفضت دعواها أمامه بطلب الحضانة والنفقة » ، كما أن الشهادة المذكورة « تناقض الثابت بالأوراق من انتهائها إلى طائفة زوجها » ولا يبين منها متى وكيف انتت إلى طائفة الأرثوذكس .. وواضح من هذا أن ما وجهت إليه المحكمة اهتباطها هو أن تغيير الطائفة والملة الذي ادعته الزوجة لم يثبت لديها ، وأنه لو ثبت لتغير مجرى الأمور ، ولاعتبرت الزوجة مختلفة مع زوجها في الطائفة والملة ، ولما نظر إلى اتحادهما فيما وقت الزواج

ولهذا فانه متى ثبت تغيير الطائفة والملة على وجه يفتي كما سئرى عند إثبات الاتحاد في الطائفة والملة فيما يلي (انظر ما يلي بند ٦٣) فانه يتد به طالما كان قبل رفع الدعوى . ولا يبين الوقوف لدى وقت قيام العلاقة لمرقة القانون الواجب التطبيق لأن هذا حتى عدم الاعتراف بالتغيير الطارىء وهو ما يتنافى مع حرية العقيدة . وخاصة متى تم هذا التغيير على الوجه المطلوب . والواقع أن ما تنظر إليه محكمة النقض في هذا الصدد . وفي أحكام أخرى غير الحكم المشار إليه ، إنما هو معرفة ما إذا كان هناك اتحاد بين الخصوم حتى يثبت الاختصاص لمجالسهم المالية فيما مضى . والبعث عن هذا لا تبدو أهميته إلا عند رفع النزاع أمامها . فتي ثبت الاتحاد في هذا الوقت ثبت الاختصاص لجهة التي كان ينتمى الخصوم ==

الطائفة والملة هو بوقت الزواج ، فطالما أن الزواج كان قد عقد أمام طائفة الأقباط الأرثوذكس فإن هذا يكفي للقول باتحادهما من حيث الطائفة والملة ، وبالتالي تطبيق شريعتهما . ولكن المحكمة الاستئنافية ألغت هذا الحكم مقررّة أن العبرة في النظر إلى اتحاد الطائفة والملة هو بوقت رفع الدعوى ، وقد ثبت للمحكمة أن الزوجين في هذا الوقت كانا مختلفين ، إذ كانت الزوجة من طائفة الأقباط الأرثوذكس وكان الزوج قد اتسّى إلى طائفة الانجليكان ^(١) .

وعلى ذلك فإن ما يستد به من حيث الطائفة والملة هو وقت رفع الدعوى . ولا يتد بالتغير اللاحق على هذا الوقت . ما لم يكن التغير إلى الاسلام ، على النحو الذى بينه المشرع . وقد وضع المشرع بهذا حداً لما ثار من خلافات حول مدى الاعتداد بالتغير في الديانة أو المذهب أو الطائفة إذا ما طرأ بعد قيام الرابطة بين الأفراد ، لما كان يترتب على ذلك من نتائج سواء من حيث الاختصاص القضائى أو من حيث الاختصاص التشريعى . ولذلك يهمن أن نبين هنا ما ظهر في هذه المناسبة من آراء ، حتى تبين مدى صلة تلك للاتجاهات بالوضع الذى أخذ به المشرع في القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ « وسنتكلم فيما يلى

= (أو طبقت شريعتهم الدينية متى توافرت الشروط الاخرى في الوقت الحاضر) . ولا يهمن ما إذا كان المحصوم متعددين وقت الزواج أم لا . وبالتالي فإننا لا ننظر إلى هذا الوقت ، وإنما ننظر إلى وقت رفع النزاع أمام القضاء . ويؤيد البعض هذا النظر ، فيقول جيل الشراوى (ط ١٩٥٩ - ١٩٦٠) السابق ص ٣٥ هامش ٢ « وكان اشتراط الاتحاد قبل قانون ١٩٥٥ يقصده به إلى تحديد الاختصاص القضائى بمنازعات الأحوال الشخصية ، ولذا فإنه لم يكن من المتصور أن يكون الاتحاد بالدين والمذهب والطائفة إلا في وقت رفع الدعوى التى يراد تحديد الاختصاص القضائى بها » . واقطر كذلك بند ٥٣ فيما يلى .

(١) أنظر محكمة القاهرة في القضية رقم ١٥٩٦ كلى سنة ١٩٥٦ - وقد أشار إليه إهاب اسماعيل، المرجع السابق ص ٣٠ ، وانظر أيضاً: صالح حنفى ، المرجع ج ١ ، ص ٢٧٤ - ومحكمة المنيا الابتدائية في ١٠ ابريل ١٩٥٨ رقم ٧ ص ١٩٥٨ في خفاجى وراجح ص ١٧٦ رقم ٢٠ .

عن تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ، ثم نبث مآثر حول هذا الموضوع من آراء ، وذلك قبل أن نتكلم عن الوضع في ظل القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

٥١ - **تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة** : لاتنخذ الأمور مجرى واحداً بالنسبة للعلاقات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية . فقد تنشأ العلاقة بين أفراد متحدين من حيث الديانة والمذهب والطائفة . ثم يزول هذا الاتحاد على أثر تغيير أحدهم ديانته أو مذهبه أو طائفته . فكثيرا ما يحدث أن يغير الشخص ديانته إلى ديانة أخرى أو مذهبه إلى مذهب آخر ... وقد يكون ذلك عن رغبة حقيقية في اعتناق الديانة أو المذهب الجديدين ، كما قد يقصد به قطع التخلص من الالتزامات التي تفرضا عليه ديانته السابقة أو مذهبه السابق ، ولكي يستفيد بذلك من الرخص والحقوق التي يمكنه الحصول عليها في ظل الوضع الجديد ، إذ قد يباح له ما لم يكن في استطاعته أن يعمل في ظل وضعه الأول . من ذلك مثلاً أنه قد تقوم علاقة زوجية بين كاثوليكيين ، ومن المعروف أن المذهب الكاثوليكي لا يجيز الطلاق ، بل هناك فقط ما يسمى بالانفصال الجسدي ، فإذا أراد الزوج التخلص من رابطة الزوجية في هذه الحالة فإنه يغير ديانته أو مذهبه ، حتى يستطيع أن يطلق زوجته في ظل الوضع الجديد ... وهكذا . وبذلك يبدو أن تغيير الديانة في هذه الحالة إنما كان بدافع التخلص مما تفرضه شريعة معينة للاستفادة مما تحوله شريعة أخرى . وبهذا يستطيع من يغير ديانته أو مذهبه ... أن يعدل بارادته من القواعد التي كان يخضع لها عن طريق تغيير الاختصاص التشريعي . وفي هذا ما قد يمس حقوق الطرف الآخر . وقد يكون القرض الوحيد من التغير هو التحايل على الخلاص من الوضع السابق ، فيتم التغير بقصد استبعاد الشريعة التي كانت تحكم العلاقة من قبل ، والتحايل على الخلاص منها . على أنه إذا كان في التغير ما يمس حقوق الطرف الآخر ، أو إذا كان قد

تم بقصد الخلاص من الأحكام التي يفرضها الوضع السابق ، فإن التفسير ، إلى جانب هذا وذاك ، قد يكون - كما قدمنا - عن رغبة حقيقية في اعتناق الديانة الجديدة أو الدخول في المذهب الجديد .

إزاء كل هذه الاعتبارات التي تثار بصدد تغيير الديانة أو المذهب ... ثار الجدل حول هذا الموضوع ، هل يمتد بمثل هذا التغيير أو لا يمتد به ، وإذا كان هذا أو ذاك ، فإلى أي مدى يكون الاعتداد به . كل هذه أمور تارت حول هذا الموضوع ، يهنا أن نعرض لها ونبين ما كان بشأنها ، سواء قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أم بعد صدوره . فتغيير الديانة أو المذهب يتصل بفكرة الحقوق المكتسبة ، كما يتصل بفكرة النظام العام وبفكرة الفش نحو القانون .

على أنه يترتب على تغيير الديانة أو المذهب ... آثار قانونية . وفي ظل الوضع السابق على توحيد جهات الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية وإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة كان للتغيير آثاره من حيث اختصاص جهات القضاء الملى ، فقد كان اختصاص تلك الجهات مقودا باتحاد الخصوم من حيث الديانة والمذهب والطائفة . وإذا كانت المجالس المليّة قد ألغيت ، ولم يعد لهذا الأمر أهميته التي كانت له من قبل من حيث الاختصاص القضائي ، فإن النزاع لازال يثور أمام دوائر الأحوال الشخصية في المحاكم العادية الآن ، بمدى اختصاص الأحوال الشخصية إليها ، عن مدى اختصاص تلك الدوائر بمسائل الأحوال الشخصية ، إذا ما اختلف الخصوم من حيث الديانة أو المذهب أو الطائفة . هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فإن تغيير أحد الخصوم لديناته أو مذهبه أو طائفته يترتب عليه تغيير اختصاص التشريعي ، إذ أن شرائع غير المسلمين - كما قدمنا - لا تطبق إلا في حالة اتحاد الخصوم من حيث « الطائفة والملة » كما ينص

القانون . وسنعرض لكل هذه المسائل فيما بعد ^(١) . ولنبين الآن مآثر حلول
تفسير الديانة والمذهب من آراء قبل صدور القانون ٤٦٣ ، ثم نبين الحكم في
ظل هذا القانون . وإذا كنا نعرض لبحث مآثر حول الموضوع قبل صدور
القانون ، فإن لهذا أهمية الآن حتى بعد صدور القانون ٤٦٣ ؛ إذ لا يزال الخلاف
بين وجهات النظر حول بعض المسائل قائما . ولهذا تبدو أهمية الوقوف على
الحلول السابقة على القانون حتى تعيننا على تفهم الحل الذي أخذ به القانون ،
ولنبين إلى أي مدى أخذ القانون بالحلول السابقة على صدره .

٥٢ - **لولا : الحلول التي قيل بها قبل صدور القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ :**
لما كان تفسير الديانة أو المذهب أو الطائفة يرتب آثاراً من حيث القواعد
الواجبة التطبيق على العلاقات بين الأفراد ، كما كان يرتب آثاراً من حيث
الاختصاص القضائي في ظل المحاكم المالية ، على ما قدمنا ، فقد تعددت الآراء في
شأن النظر إلى ما يرتب على هذا التفسير من آثار . فمن قائل إن التفسير الذي يطراً
بعد قيام العلاقة لا يؤثر على القواعد التي كانت تحكم هذه العلاقة وقت نشوئها ،
وذلك احتراماً لما اكتسبه الطرف الآخر ، الذي بقي على حاله ، من حقوق .
وهذا هو مذهب القائلين باحترام الحقوق المكتسبة . ومن قائل بأن التفسير
الذي يطراً بعد قيام العلاقة يجب الاعتداد به احتراماً لحرية الأشخاص في
العقيدة ، وتبعاً لذلك تطبق قواعد الشريعة الجديدة ، فحرية العقيدة مسألة تمس
النظام العام . ومن قائل أخيراً ، بأنه إذا كان التفسير بقصد التهرب من أحكام
القانون السابق والاضرار بالطرف الآخر ، فإنه لا يعتد به في هذه الحالة ، إذ

(١) أنظر حامد زكي : مسائل في القانون الدولي الخاص : تفسير الديانة وآثاره ، مجلة
القانون والاقتصاد ، ص ٣٠١ وما بعدها .

ثم يرامى أن هناك نتائج عملية ترتب على ما إذا كان تفسير الديانة أو المذهب - بسوحاً أو غير
مسوح . أنظر في هذه النتائج ص ٣١٢ - ٣١٣ من المرجع السابق .

أنه يكون قد تم تحايلا على القانون ، فيرد على التحايل قصده . وهذه هي نظرية
النش نحو القانون . ومن ذلك يتبين ما يحكم موضوع تغيير الديانة والمذهب والطائفة
من اعتبارات .

٥٣ - (١) اعتبار الحقوق المكتسبة : أما بالنسبة إلى الاعتبار الأول ، فقد قيل
إن تغيير أحد طرفي العلاقة القانونية لدياته أو لمذهبه من شأنه أن يمس الحقوق
المكتسبة للطرف الآخر كما يمس بشرية العقد . ذلك أن أحد طرفي العلاقة
التعاقدية لا يمكنه وحده أن يتحلل بإرادته المنفردة من التزاماته الناشئة عن عقد
الزواج الذي أبرم في ظل ديانة معينة أو مذهب معين ، ارتضى الطرفان الخضوع
لتقواعدها ، وتحدد بموجب العقد حقوق كل من الطرفين وواجباته في ظل
تلك الديانة أو هذا المذهب . ومن ثم لا يجوز لأى من الطرفين التحلل من تلك
القواعد بانتقاله إلى ديانة أخرى أو مذهب آخر ، يبيح له ما كان محرما عليه
من قبل . ومعنى ذلك أن الطرفين يظلان ملتزمين بالحكم الذى دانا به معا في
العقد ، لأن هذا هو ما انصرفت إليه ارادتهما وقصدهما المشترك حين العقد . وهذه
الفكرة تباين للقاعدة القائلة بأنه إذا تم العقد ، فإنه لا يجوز لأحد طرفيه أن
يعدل فيه بإرادته المنفردة . إذ من القواعد المقررة - كما قيل - « أن العقد شريعة
المتعاقدين ، وأن كل عقد تحت سلطان شريعة ما يبقى طرفي العقد خاضعين
لأحكام تلك الشريعة ، مهما حاول أى طرف الهروب من هذا الاختصاص
بالاتجاه لشريعة أخرى للاحتباء بها في سبيل مما كسة الطرف الآخر » (١) .

(١) ورد هذا في حكم أحد المجالس المليية ، مشار إليه ضمن حكم لمحكمة الاستئناف ،
مذكور بمناسبة حكم النقض في ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ ، مجموعة عمر جزء أول ص ٥٧

وقد استمد هذا الرأي الذى نحن بصدده من قاعدة طبقها لجنة شكلت سنة ١٩٢٠ للفصل فى الأحكام المتعارضة التى كانت تصدر من المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، وقد سميت هذه القاعدة بقاعدة « عقد الزواج » ومبناها : أن الزواج حين عقده على مذهب طائفة ، يرتضى الزوجان أحكام قانون هذه الطائفة بشرىة لما يعرفان حقوقها وواجباتها ، ولا يجوز لأحد الزوجين أن يغير هذا القانون بإرادته وحده ، ويدل فى واجباته وفى حقوق الطرف الآخر بالانتقال إلى مذهب آخر أو إلى ديانة أخرى ، تبيح له ما كان حراما فى مذهبه الأول أو فى دياناته الأولى^(١) .

وقد أيد جانب من الفقه هذا الرأي^(٢) ، كما أيدته بعض أحكام المحاكم^(٣) .

(١) أحد صفوت ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

(٢) أنظر : بطرس كساب ، السابق ، ص ٩٦ والمراجع فى هامش رقم ١ وكذلك ص ١٠١ وما بعدها ، وعبد المنعم رياض ، المرجع السابق فقرة ٢١٨ ص ١٧٨ . ويرى الدكتور كساب (السابق فقرة ٩٢) أن تطبيق شريعة المقد لا يقوم مباشرة على أساس اختيار الزوجين إياها وارتباطها بها على الدوام ، لأن الزواج فى نظره ليس عقدا عاديا تسود فيه الإرادة ، وإنما يأخذ بطريق ما يسميه « دفع حكم المذهب الآخر » لأن الزوجين لم يدينا به مآ ، فلا يندى إلى الأبد منه .

هذا وقد استمدت النظرية التى نحن بصددها من القانون الدولى الخاص ، تحشيا مع الفكرة القائلة بدوام تنظيم الزواج بنفس القانون دون تعديله ولو تغيرت جنسية أحد الطرفين ، على أساس أن الزواج منقذ باتفاق الطرفين ، فيرتب آثاره ، أسوة بباقي العقود التبادلية ، فى ظل القانون الذى ساد أرام المقد ، ويكتب كلا الطرفين حقا ثابتا فى بقاء النظام عنه ، لا يستبدله به غيره إلا باتفاقها كذلك . (كساب ، السابق ، ص ٩٩) .

(٣) أنظر المرجع السابق ، نفس الصفحة والأحكام المشار إليها فى الهامش رقم ٢ . وانظر أيضا استئناف مصر الأهلية فى ٣١ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية س ٦ رقم ١٥ ص ٣١ ، وكذلك ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ ، المجموعة الرسمية س ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٨ . وقد جاء فى الحكم الأول أنه « يتعين اختصاص المحكمة بمحسب حالة الخصوم فى الدعوى عند رفضها . فإسلام قبلى كانت رفضت عليه دعوى فى البطركفانة لا يؤثر على اختصاص البطركفانة » ، من أعف =

إلا أن تطبيق فكرة الحقوق المكتسبة في نطاق الزواج بصفة خاصة ،
ومسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ، لم تسلم من النقد . ففكرة الحق المكتسب
لا تخفى بقبول في هذا الصدد . ذلك أن الزواج وإن كان عقداً ، إلا أنه ليس
كسائر العقود المعروفة في القانون المدني ، انه نظام قانوني (Institution
légal) ، يختلف عن الاتفاقات الأخرى من حيث ضعف الدور الذي تقوم
به الإرادة ، سواء في تكوينه أم في تحديد آثاره وأوصافه أم في طرق انحلاله ،
فدور الإرادة في كل هذه الأمور محدود لا يصل إلى الدور الذي تقوم به في
نطاق العقود الأخرى . إذ قد نظمت شروط انعقاده - فيما عدا شرط التراضي -
بأحكام أمرة لا تملك الإرادة سوى الازعان لها ، ثم إن القانون ينظم الحقوق
والواجبات التي تنشأ عنه ولا اختيار للزوجين في ترتيبها ، كما أنها لا يستطيعان
تحديد أجل معين لحياتها الزوجية ، ولا الاتفاق على شروط هذه الشركة الأدبية
بينهما أو تصفيتا (١) .

== من كل ظروف الدعوى أن هذا التغير والحالة الشخصية إنما حصل مرأ من هذا الاختصاص .
والحكم كما هو ظاهر صادر قبل توحيد جهات القضاء الملى * وقد كان لتغير الدانة أثره من حيث
الاختصاص القضائي . كما جاء في الحكم الثانيان : « من المبادئ المقررة أن العقد الذي تم تحت
سلطان قانون يبقى خاضعاً لهذا القانون في كل ما يترتب عليه ، حتى ولو أصبح أحد المتعاقدين فيما بعد
غير خاضع لأحكامه . . » . فإذا « غير قبلي أرثوذكسي مذهب بعد زواجه بقبيلية أرثوذكسية
بقى قانون الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس سارياً على الملاقات الزوجية » (٢) وبالاخص
حاشي منق منها : التزام الزوج بدفع نفقة زوجته ، والمجلس الملى للاقباط الأرثوذكسين موافق لدون
غيره بالفصل في المنازعات التي تقوم بين الزوجين . » وانظر كذلك ما جاء في حيثيات هذا الحكم
الأخير . وانظر حكماً آخر صادراً من المحاكم المختلطة في ٣ فبراير سنة ١٩٢١ ، المحاماة ٢
رقم ٢٣٠ . وقد تقررو في هذا الحكم الأخير أن الزواج خاضع في عقده وفي نسجه
إلى القواعد العامة ، والعقد إذا انعقد لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يدخل فيه تعديلاً بتغيير جنسيته
أو بتغيير دينه ليكره الطرف الآخر على قبول قانون أو شرعية لم يتقبل أحكامها من قبل
وقت التعاقد .

(١) أنظر بطرس كساب : السابق ، فقرة ٨٩ ص ٩٩ وما بعدها ، وكذلك فقرة ٢٧٠ =

وإذا كان دور الإرادة في « عقد » الزواج يتحدد بصفة عامة على النحو السابق ، فإن هذه الإرادة لا تملك سلطة واسعة كذلك في الشريعة المسيحية أوفى الشريعة الموسوية ؛ فتعاليم المسيحية بعيدة عن أن تجعل من الزواج عقداً عادياً ، ويبدو هذا بصفة خاصة في منع بعض المذاهب المسيحية - كالمذهب الكاثوليكي - للطلاق مطلقاً ، وجعل العقد غير قابل للانحلال ، وفي تحديد الأسباب التي ينحل بها الزواج على سبيل المحصر في المذاهب الأخرى . والأمر كذلك بالنسبة للشريعة الموسوية ؛ فالزواج أيضاً ليس كسائر العقود الأخرى ، وحق الزوج في هذه الشريعة مقيد في إيقاع الطلاق بشرط المسوغ الشرعي ، وقد قيده الكتاب بقوله « إذا أخذ رجل امرأة وتزوج بها فإن لم تجد نعمة في عينيه لأنه وجد بها عيب شئ » وكتب لها كتاب طلاق ، ودفعه إلى يدها وأطلقها من بينه . . . » (١) ؛ وإن كان الخلاف قد ثار بين « القرائين » وال« ربانيين » حول ما يعتبر مسوغاً يحجز الطلاق (٢) . هذا فضلاً عن قيد الطلاق عندهم باشتراط إجرائه أمام الهيئة الشرعية (٣) .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يصعب اعتبار الزواج عقداً يلزم الطرفين

كما بعدها . هذا فضلاً عن اتجاه المصراع ههنا في نطاق التنظيم القانوني لتنازع القوانين إلى عدم اعتبار الزواج علاقة عقدية ، ولهذا لا يخضع الزواج من حيث انقاده وانقاره لقانون العقد (مادة ١٩ مدني) ولكنه يخضع لقانون الجنسية (مادة ١٣) . وانظر فيما يلي حكم القضاء في ٢٢ مايو ١٩٥٤ بلتن في نهاية البند (١) سفر التنبيه ، الإصحاح ٢٤ الآية الأولى وما بعدها .

(٢) أنظر في هذا : مراد فرج ، القراؤون والربانيون ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ ؛ وشعار المحضر ، السابق ص ١٢٦ وما بعدها . وانظر كذلك بطرس كساب ، فقرة ٨٠ ص ٩١ (٣) نصت المادة ٢٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لابن شمعون ، على أنه « لا يصح الطلاق شرعاً إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة بحضور شاهدين » . وانظر بالنسبة للفراتين كذلك : شعار المحضر ص ١٢٩ وهامش ١ .

باتباع نفس النظام المتفق عليه ، بصرف النظر عما يطرأ عليها من تغيير . فالزواج نظام قانوني والقواعد التي تحكم الزواج ، بل ومسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ، تتعلق بالنظام العام ، إذ القواعد القانونية التي تكون منها هذه المسائل إنما هي قواعد أمرة ، فلا يمكن القول بقيام حقوق مكتسبة إزاءها ، إذ من المسلم به أن نظرية الحق المكتسب تنتهي حيث تبتدىء القواعد المتعلقة بالنظام العام ^(١) . ولهذا ، لا يصح القول بصفة مطلقة أن مسائل الأحوال الشخصية تعتبر محلاً لترتيب حقوق مكتسبة لا يمكن المساس بها عن طريق تغيير الديانة أو المذهب .

على أنه ينبغي أن يراعى في صدد الاستناد إلى قانون المقدونتمسك بالحقوق المكتسبة التي ينشأ ، أن هذه الحجة إذا قامت بصدد الزواج ، باعتباره « عقداً » ، كما يقولون ، فإنها لا تقيم بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي ليس لها شبهة تماثلية ، كالترابية مثلاً ، ولهذا فإن الاستناد إلى قانون المقد يعتبر حجة قاصرة من هذه الناحية .

ويراعى من جهة أخرى أن الدساتير قد كفلت للأفراد حرية العقيدة ، وفي حرمان الشخص من النتائج التي تترتب على تغيير ديانته أو مذهبه ما يتعارض مع تلك الحرية ، وهي لم تضمن لدين واحد فقط بل إن هذه الحرية ، مكفولة بالنسبة لساير الأديان والمذاهب . ولا يمكن القول بأن يظل الشخص مرتبطاً إلى شريعة معينة طوال حياته حتى ولو غيرها ، وإلا كان في هذا مصادرة لحرية في اعتناق ما يرغب أن يدين به ^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى : حلى بطرس ، المرجع السابق ، ص ٥٠-٥١ . وانظر أيضاً : حامد زكي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٥ ، ص ٣١٤ - ٣١٥ .
(٢) إهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

هذا ولا يفوتنا أن نبين موقف القضاء من فكرة الحقوق المكتسبة في هذا الصدد . فقد قررت محكمة النقض أنه « ليس للزوجة قانوناً التحدي بحق مكتسب في أن تطلب الطلاق وفقاً لأحكام القانون الذي أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ، لأن عقد الزواج - على الرأي السائد في فقه القانون - لا يكسب أياً من الزوجين ، فيما يخص بالطلاق أو الطلاق ، حقاً مستقراً لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص . وقد أيد المشرع المصري هذا النظر فيما سنه من قواعد لتنازع القوانين وذلك بما قرره في المادة ١٣ من القانون المدني »^(١) .

هذه هي فكرة الحقوق المكتسبة بصفة عامة ، وما يوجه إليها من نقد في هذا الصدد .^(٢)

٥٤ - (٢) اعتبار النظام العام : أما عن الاعتبار الثاني الذي يحكم موضوع تغيير الديانة أو المذهب ، فهو اعتبار النظام العام . وقد رأينا أن القائلين بهذه الفكرة يقررون أن حرية الاعتقاد مكفولة ، وكفالتها من النظام العام ، وأن للشخص أن يغير ديانته أو مذهبه أو طائفته ، ويترتب على مثل هذا التغيير آثاره من حيث القانون الواجب التطبيق . إذ يكون - طبقاً لهذا الرأي - لمن غير ديانته أو مذهبه ١٠٠٠ أن يستفيد من هذا التغيير ، قسرياً تبعاً لذلك أحكام الديانة الجديدة أو المذهب الجديد ، وذلك دون مراعاة لما اكتسب من حقوق

(١) نقض في ٢٢ من مايو ١٩٥٤ مجموعة الكتب الفنى ، س ٥ عدد ٣ رقم ١٥ ص ٦٨٧ ؛ وانظر أيضاً نقض في ٣ ديسمبر ١٩٣٦ ، مجموعة القواعد التي تقرتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً حتى آخر ديسمبر ١٩٥٥ جزء أول س ١١٨ قاعدة رقم ٨ . وانظر حكماً حديث لمحكمة النقض في ٣٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة الكتب الفنى س ١٤ العدد الأول رقم ٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) انظر أيضاً البند التالي .

في ظل الوضع الأول الذي نشأت الرابطة أو العلاقة في ظله ، بل ودون بحث عما إذا كان هذا التعبير قد قصد لذاته ، أى كان عن عقيدة واقتناع بأفضلية الوضع الجديد ، أم لم يكن كذلك ، حتى ولو قصد به النش والتهرب من الوضع السابق وما يفرضه من التزامات وقيود . فالباث على التعبير في هذه الحلة لا يهتم كما لا يهتم كذلك الوقت الذي تم فيه التعبير ، سواء تم ذلك قبل قيام النزاع ورفع الدغوى أو في أثناء السير فيها . ولا يهتم أيضا ما إذا كان التعبير إلى الاسلام أو إلى غير الاسلام ^(١) .

وقد تأيد هذا الرأي بأحكام كثيرة صدرت من المحاكم على اختلاف درجاتها ^(٢) ، ومن ذلك أنه قضى بأن: « حرية الاعتقاد مكفولة ، لكل شخص ، فله أن يغير مذهبه أو طائفته ، ويكون خاضعا لحكم مذهبه الجديد فقط متى توافرت الاجراءات الخارجية لالتحاقه بهذا المذهب ، وليس للقضاء أن يبحث عن صحة اعتقاده الجديد أو الباعث له على اعتناق هذا المذهب » ^(٣) .

كما حكم أيضا بأنه « لا يقبل الطعن في إسلام شخص ونسبة التحايل إليه في اعتناق الدين الاسلامي ، مادام أنه قد أشهر إسلامه في حدود الاجراءات التي يتطلبها القانون . وهذا الرأي قد استقرت عليه أحكام القضاء الوطني ، ومن

(١) انظر في هذا : احمد عبد الهادي ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ١٣ وما بعدها وخاصة ص ١٨ ، وانظر أيضا : احمد أبو الوفا ، المرافعات ، الطبعة ٤ ، فقرة ٢٢٩ ص ٢٩ - ٢٩٢ ، إهاب اسماعيل ، السابق ، فقرة ٤٧ وما بعدها .

(٢) انظر مقال عزيز خاكي بمجلة الحمامة ص ٢٠ ص ٨٥٨-٨٦٦ بعنوان « تغيير الدين أو الملة أو المذهب وأثره في كيان الأسرة » ، وقد أشار إلى أحكام متعددة في هذا الصدد وخاصة في ص ٨٦٠ - ٨٦٢ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ، في ٤ - ٩ - ١٩٣٨ (مشار إليه في المرجع لصالح حتى جزء ١ ص ١٨ . وانظر كذلك محكمة الوابلي الجزئية في ٢٨ أكتوبر ١٩٥٣ ، صالح حتى جزء ٣ رقم ٢٦٧ ص ٢٢٦ .

قبله أحكام الحاكم المختلطة»^(١).

هذا وقد قضت محكمة مصر الكلية في حكم لها بهيئة استئنافية بأنه « ولو أن الفقهاء يقررون أن الاسلام هو إيمان بالجنان وإقرار باللسان ، إلا أنهم على اتفاق في أن الايمان صلة بين الشخص ومولاه لا يطلع عليه سواه ، وأنه يجب اعتبار الشخص مسلماً تجرى عليه كافة الأحكام الدنيوية الخاصة بالمسلمين إذا أقر باعتناقه الاسلام ديناً . ويرجع ذلك إلى قوله تعالى « ولا تقولوا لمن أتى إليكم بالسلم لست مؤمناً » ، ولذلك كان النبي عليه الصلاة والسلام يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين » . وفي المأثور أنه قال مستنكراً لرجل طعن في صحة إسلام آخر : « هل شققت قلبه » ، ... أما حكمة ذلك فظاهرة . إذ من العبث تحليل الدوافع التي حدث بالشخص لاعتناق دين من الأديان وقصي الظروف التي أحاطت بمثل هذا الحادث ، إذ لا جدال أن لكل من هذه وتلك شتى الصور والملايسات ، ما دامت هذه البواعث والظروف قد انتهت بالشخص إلى الترجيح فالاختيار ، كما أنه يكون في أغلب الأحيان من التورط في إثم سوء الظن الجري وراء شبهات خادعة للطعن في عقيدة الشخص والانتقاص من إيمانه ... »^(٢).

وأخيراً فإن محكمة النقض قد انتهت إلى الأخذ بهذا الرأي الذي يرتب على تغيير الديانة أو المذهب أثره ، بنقض النظر علن البواعث التي دفعت إلى هذا التغيير ، فقررت أن « الاعتماد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية

(١) استئناف القاهرة في ١٢ يونيه ١٩٥٢ ، المحاماة ٣٦ رقم ٤٣٦ من ١٩٥٠ ، وانظر

أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ ديسمبر ١٩٢٣ ، البلتان ٣٦ من ٨٨

(٢) أنظر حيتيات حكم محكمة مصر الكلية الصادر في ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ وهو منشور ضمن حكم النقض الصادر في ٢٤ يناير ١٩٣٥ ، مجموعة عمر ، جزء أول رقم ٢٢٤ من ٥٦٧ وما بعدها . وانظر أيضاً ما أشار إليه الحكم من أحكام في هذا المعنى ، وعلى وجه الخصوص من ٥٧٨ ، ٥٧٩ .

البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية قط . فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسميا فانه من وقت هذا التغيير لا يستبر خاضعا إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد .

ولا ينبغي للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر إلا في توافر المظاهر الخارجية الرسمية . لا اعتناق هذا الدين أو المذهب . فإذا وجدها متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقا لأحكام الدين أو المذهب الجديد . وإذن فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكنسبا في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه^(١) هذا ، وقد رأى البعض^(٢) أن محكمة النقض في سبيلها إلى العدول عن رأيها في أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية ... واستندوا في ذلك إلى حكم حديث صادر سنة ١٩٥٥ جاء فيه أن قضاء هذه المحكمة قد جرى « على أن جهة تحرير عقد الزواج لا يمنع الجهة التى حررت اختصاصا قضائيا ، بل العبرة فى ذلك باتحاد مذهب طرفى الخصومة ... وإذن ففى كانت الزوجة المدعية قدمت ما يفيد أنها ولدت كاثوليكية لاتينية وعمدت كذلك فى الكنيسة اللاتينية وأنها ظلت على ولائها لمذهبها الكاثوليكي وهما للشهادات الطائفية التى قدمتها ، كما ثبت أنها بعد زواجها وبعد تقريرها فى محضر الخطبة أنها أرثوذكسية ، عمدت ولدها الذى كان ثمرة هذا الزواج بالكنيسة الكاثوليكية دون اعتراض من زوجها المدعى عليه .

(١) نقض فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ طعن رقم ١٠٥ س • ق (مجموعة القواعد التى قررته محكمة النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر ديسمبر ١٩٥٥ ؛ جزء أول ، ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ . ومجموعة عمر . جزء ٢ رقم ١٤ ص ٣٢ .
(٢) أنظر : حلى طرس : المرجع السابق ، ص ٥٦ - ٥٨ .

وكان رضا هذه الزوجة إجراء عقد الزواج أمام كنيسة الأقباط الأرثوذكس التي ينتمى إليها المدعى عليه وقبولها اتباع بطوس هذه الكنيسة ونظمها لا يفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة ، ولا ينهض دليلاً على هذا التغيير ، لأنه قد يكون المراد به مجرد تيسير توثيق المقددون مساس بالملة أو المذهب الذي تنتمى إليه الزوجة . . . » (١)

هذا هو ما قضت به محكمة النقض وعده البعض عدولاً عن قضائها السابق في عدم البحث عن النوايا والدوافع إلى التغيير . ولكن الواقع ، كما هو ظاهر من الحكم ، أنه لا يعتمد بالنوايا الحقيقية - كما يقال - وإنما هو يعرض لمسألة اثبات تغيير الديانة أو المذهب ، فيقرر أنه لا يكفي دليلاً على ترك الشخص لدينه أو مذهبه السابق مجرد رضائه بإجراء الزواج أمام كنيسة أخرى ، إذ قد يكون التصدم من هذا الرضا مجرد تيسير توثيق عقد الزواج دون المساس بالملة والمذهب الأصلي للشخص . وقد استدللت المحكمة على عدم التغيير ، وبالتالي على عدم اتحاد الطرفين من حيث الطائفة والملة ، من الظروف الأخرى التي أشارت إليها من أن الزوجة ولدت كاثوليكية وعمدت في الكنيسة الكاثوليكية وظلت على ولائها للمذهب الكاثوليكي حتى بعد زواجها ... فهذه ظروف تقطع بعدم تغييرها لمذهبها الكاثوليكي . ولا يكفي للتدليل على تغييرها لهذا المذهب مجرد قبولها إجراء الزواج أمام الكنيسة التي يتبعها الزوج ، لأن هذا لا يقطع بتدركها لمذهبها السابق . وبمعنى آخر إن قبول إجراء الزواج ، تيسيراً لتوثيقه أمام كنيسة الزوج ، لا يعتبر في نظر المحكمة مظهرًا من المظاهر التي تقطع بوقوع التغيير ، بدليل الظروف الأخرى التي تتمسك فيها الزوجة بمذهبها الأول ، وهو

(١) نقض في ٢٦ مارس ١٩٥٥ الطلب رقم ٩ سنة ٢٤ ق ، مجموعة المسكب النفي ، السنة السادسة العدد ٢ رقم ٩ ص ٤٢١ ، ومجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ حاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ، جزء ١ ص ١٥٩ قاعدة رقم ١٥٣.

المذهب الكاثوليكي . وبذلك يبدو لنا أن المحكمة لم تعدل عن قضائها السابق ، كما يرى القائلون بذلك . وقد جرى قضاء محكمة النقض ، كما سنرى بعد قليل ، وكما قالت المحكمة في نفس الحكم الذى نحن بصدده ، على أن جهة تحرير عقد الزواج لا يمنح الجهة التى حررتة اختصاصا قضائيا ، ومعنى ذلك أنه لا يعتد بالجهة التى حرر عقد الزواج أماما ولا يعد هذا دليلا قاطعا على تغيير الشخص لطائفته أو ملته .

وقد أيدت محكمة النقض اتجاهها السابق فى عدم الأخذ بفكرة الحقن المكتسبة وعدم تطبيق شريعة العقد ، فطبقت الشريعة الجديدة متى ثبت تغيير الديانة من الناحية الرسمية دون بحث عما إذا كان ذلك قد تم تهربا من أحكام دياناته السابقة . ذلك أنه لا يسوغ القول ببقاء الاختصاص للجهة الدينية التى كان الزوجان يتبعانها « مهما اختلفت ديانة الزوجين بعد العقد » كما تقول المحكمة . ففى ثبت أن الشخص أسلم فإن الشريعة الاسلامية هى التى تحكم حالته من هذا الوقت ، إذ القول بغير ذلك فيه « إهدار غير جائز لحقوق موضوعية ومخالفة للنظام النظام . ولا محل للقول بأن المدعى عليه لا يصح اعتباره مسلما بعد ارتداده وأنه لا يزال على دينه وانه إنما أظهر اعتناقه للإسلام تهربا من اختصاص المجلس الملى أو احتيالا للكيد للدعية بعد ما أثبتت المحكمة الشريعة أن إسلام المدعى عليه أصبح ثابتا رسميا من تاريخ الاشهاد بأشهاد إسلامه ... » (١)

هذا هو الاعتبار الثانى الذى ينظر إليه فى مسألة تغيير الديانة أو المذهب وقد رأينا أنه يعتد بما يحصل من تغيير بصرف النظر عن الدوافع ودون البحث وراء النوايا ، بل ويعتد به أيضا فى أى وقت يتم . وإذا ما قارنا بين هذا رأى .

(١) نقض فى ٩ من يناير ١٩٥٩ ، مجموعة المسكبات التى ، س ١٠ عدد ١ ص رقم ١٠٠

وبين اتجاه القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لرأينا أن هذا الأخير قد أخذ به إلى حد كبير. إذ المادة السابعة لا تميد التغيير بأى قيد طالما كان سابقا على رفع الدعوى؛ فكل تغيير سابق على رفع الدعوى يعتد به مها كانت البواعث الدافعة إليه، بل انه يعتد به كذلك إذا حدث أثناء سير الدعوى، متى كان التغيير إلى الاسلام. وقد طبقت محكمة القاهرة الابتدائية هذا الرأى فى حكم حديث لها صدر فى ظل القانون ٤٦٢ فقالت: « إذا تبين أن طرفى النزاع وقت رفع الدعوى مختلفان فى الملة، فلا محل للبحث وراء الدافع للزوج عن سلوكه هذا، لأن ذلك يتعلق بشعوره النفسانى الذى فرغ من اظهاره رسميا باعتاقه مذهبا جديدا. وليس لأحد سلطان عليه. لأن الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية محضة، لا يمكن لأى هيئة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية الخارجية. لأن لكل انسان مطلق الحرية فى اعتناق المذهب الذى يراه صالحا له »^(١).

٥٥ - (٣) **اعتبار النشء نحو القانون**: يتوسط الرأى الثالث بين الرأين السابقتين. وإذا كان الرأى الأول لا يعتد مطلقا بأى تغيير يطرأ بعد قيام العلاقة، والرأى الثانى يعتد بكل تغيير يترتب عليه أثره، فان الرأى الثالث يتجه إلى الأخذ

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٦، مشار إليه فى المرجع، صالح حنى، جزء ١ ص ٢٧٤-٢٧٥.
 وانظر أيضا: محكمة الميا الكلية فى ٢٧ مايو ١٩٥٧ رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٧ السكلى فى صالح حنى جزء ٢ رقم ٢٥٣ ص ٢١٤ حيث جاء إن « الادعاء بصورية الاسلام لا يندرج فى سلامة الدليل المسند من إظهار الاسلام، إذ أنه ورقة رسمية لم يوجب لها مطمن قانونى وهو كاف فى تطبيق أحكام قواعد الشريعة الفراء. وإالة التولى الرائر ». وانظر كذلك القاهرة الابتدائية فى ٢٧ أكتوبر ١٩٥٧ رقم ٢٧٨ ص ٥٧ صالح حنى ٢ رقم ٢٥٦ ص ٢١٦.
 ومضى أضحى اختلاف الملة طبقت الشريعة الاسلامية، ولا محل للاعتداد بقانون القند الذى تزوج الطرغان على أساسه (أنظر القاهرة الابتدائية ٢٥/١/٥٨ رقم ٩٨١ لسنة ١٩٥٧) أوردته خلفى ورايع ص ٢١٨ رقم ١٨) .

بالوضع الجديد بعد التغيير ، ويرى أن تغيير الديانة أو المذهب ينتج كل آثاره ؛ إلا أنه يهيد من ذلك فيستلزم ألا يكون التغيير بقصد النش ، أى ألا يكون بقصد التحايل على القانون ، أو النش نحو القانون (*Fraude à la loi*) . ذلك أنه كثيرا ما يقصد الشخص من تغيير ديانته أو مذهبه الخلاص من القيود والالتزامات التي كانت مفروضة عليه في ظل وضعه الأول ، والاستفادة من المزايا التي يخولها له الوضع الجديد ؛ ولهذا يجب الثبوت من حقيقة عقيدته ، فإن ثبت أنه غير دينه أو مذهبه أو طائفته من حيث المظهر فقط ، للتخلص من زوجته مثلا أو للهروب من نفقة حكم بها عليه أو لأى غرض آخر ، لا يعتد بما فعله . فإذا تزوج مسيحيان من طائفة الأقباط الأرثوذكس ، ثم دب النزاع بينهما وأراد الزوج التخلص من زوجته وإنهاء العلاقة الزوجية ، لا يستطيع ذلك إلا في حالات محدودة طبقا لشرعية الأقباط الأرثوذكس ، وهي التي تحكم زواجهما . في هذه الحالة يقوم الزوج بتغيير ديانته أو مذهبه فيعتنق الاسلام مثلا ، حتى يستطيع أن يطلق زوجته في ظل ديانته الجديدة ، وإذا ما بحثنا عن الدافع له إلى تغيير ديانته نجد أنه كان يقصد التخلص من القيود التي تفرضها الديانة السابقة ، والافادة مما يخوله الدين الجديد من حقوق للزوج . فإذا ما ثبت للقاضي أن التغيير لم يكن عن نية صادقة في دخول الاسلام ، بل قصد به التحايل فقط ، ينبى ألا يعتد به ، ويطبق أحكام الشريعة التي كانت تحكم الزواج من قبل ، وهي شرعية الأقباط الأرثوذكس . هذا هو مضمون الرأى الثالث . وقد أيدته جانب من الفقه والقضاء .

قد أيد جانب من الفقه الأخذ بفكرة النش نحو القانون . فإذا كانت نية التهرب ظاهرة ، يرد على المتهرب قصده ، إذ أن النش يفسد كل تصرف (*fraus omnia corrumpit*) ، وحسن النية ينبى أن يسود . بل إن من

قالوا بالأخذ بفكرة النش جعلوا تطبيقها عاما ، سواء تعلق النزاع بالاحوال الشخصية أم بغيرها ؛ إذ الأمر يقوم على معرفة النية . فإذا كان سوء النية ظاهرا بطل التصرف وبطلت آثاره ، ولا يمكن مطلقا السماح بتشجيع النش ومعاونة الاشخاص على التهرب من قانونهم الطبيعي الذى يحكم تصرفاتهم فى الأصل^(١) . ويضيف البعض إلى ذلك أن الفقهاء قد نصوا على أن الاقرار بالشهادتين مع الاعتقاد الخيىث لا يصح به الاسلام ، لائن الاخلاص شرط لصحة الاسلام ، والاخلاص والصورية قىضان لا يجتمعان^(٢) .

ولا يصح الاحتجاج بصعوبة البحث عن النوايا والىوافع ، إذ أن المحاكم تبحث دائما فى نوايا الأفراد ، كما تبحث فى حسن النية وسوءها فى التصرفات القانونية أو فى غيرها ، فالببحث فى النوايا والىوافع إذن ليس من الأمور الغريبة على القضاء ، كما أنه أيضا ليس من الأمور المستحيلة^(٣) .

كما أن مما يبرر التدخل للبحث عن حقيقة النوايا فى هذا الصدد ، أنه لا بد من وضع حد لما يقوم به الأفراد من تغيير دىياتهم ومذاهبهم ، دون رقابة وبغير ضابط ولا رادع . فتغيير الديانة أمر هين ، وهو أهون بكثير من تغيير الجنسية؛

(١) أنظر بحث الدكتور حامد زكى ، السابق ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ص ٢١٦ وما أشار إليه من مراجع فى هذا الصدد . وانظر كذلك ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٢) عزيز خانى ، مقاله السابق ، مجلة المحاماة س ٢٠ ص ٨٦٤ - ٨٦٥

(٣) فتقدير حقيقة الدافع النفسانى يرجع فيه إلى القاضى ، وهو يتدنى فى هذا بظاهر الأمور . فانا إذا فاد الظاهر وجود النية المشوبة ، كان الاختصاص لهجة الطائفة القديمة وكذلك لغيرتها . أما إذا فاد الظاهر أن النية حقيقية محلمة وجب أن تتغلى الهجة القديمة من اختصاصها وبالتالى عن قانونها . . وإن من أم القرائن على سوء النية هو حصول التبرير أثناء نظر الدعوى بواسطة المجلس الملى . . . وكذلك يكون الحكم لو أن تبرير الديانة آتى عقب صدور الحكم بالنفقة . . (حامد زكى ، السابق ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ص ٢١ وهامش رقم ٤١) .

إذ كلا رغب أحد الزوجين في الاضرار بالآخر ، ليس أهون عليه من أن يعلن تغيير ديانته أو مذهبه ، ويتم هذا بمحض مشيئته حتى يتحقق له ما يريده وهذا خلافا لتغيير الجنسية ؛ فبينما نجد أن تغيير الديانة عمل انفرادى ، يقوم به الفرد وحده ، فإن تغيير الجنسية يقوم على توافق ارادتين : ارادة الفرد في اكتساب الجنسية الجديدة ، وإرادة الدولة في منحها ، وتظهر هذه الارادة الاخيرة في عمل سلطة (acte de gouvernement)^(١) . وإزاء هذه السهولة في تغيير القانون الواجب التطبيق على أثر تغيير الديانة بمجرد رغبة الفرد ، ينبغي أن نضع حداً لذلك بالبحث عن النوايا الحقيقية للأفراد . هذا هو مجمل ما يراه الفقه في هذا الصدد .

أما عن موقف القضاء ، فالتا إذا كنا قد رأينا موقف محكمة النقض بالنسبة للاعتداد بالديانة أو المذهب الجديدين ، وعدم رغبتها في الدخول في تحليل الدوافع التي حدثت بالأفراد إلى عتاق دين من الأديان أو مذهب من المذاهب ، مكتفية بالمظاهر الرسمية ، كما قدمنا^(٢) ، فإن من أحكام المحاكم ما استباح لنفسه تقصى الدوافع التي حدثت بالأفراد إلى تغيير ديانته أو مذهبهم ، وهي تنكر عليهم تصرفهم وترد عليهم كيدهم وقصدهم السيئ ، فلا تعذب بما يرتبه التغيير من آثار ، وقرر أن تغيير الدين إذا حصل ، لا عن عقيدة صحيحة ، بل لغرض الوصول إلى مأرب شخصية ، كان صوريا لا يترتب عليه شيء من الأحكام الشرعية والقانونية^(٣) .

(١) حامد زكى ، السابق ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٥٠ من ٣٢٠

(٢) أنظر البند السابق ، ص ١٩٦ وحكم النقض في هامش ١

(٣) أنظر محكمة مصر المختلطة في ٣ فبراير ١٩٢١ المحاماة ص ٢٢٠ رقم ٢٣٠٤ استئناف مصر في ٢٣ ديسمبر ١٩١٩ المجموعة الرسمية ص ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٨ الاسكندرية الابتدائية في ٢١ أبريل ١٩٢٩ ، المحاماة ص ٩ رقم ٤٩١ ص ٨٩٥ - أنظر ما جاء في جثيات الحكم ، البيان الجزئية في ١٣ مايو سنة ١٩٢٦ ، المحاماة ص ٧ رقم ٤٠٤ ص ٦٠٦ .

وقد كانت المجالس المالية تقرر لنفسها حق البحث في الدوافع النفسانية التي تبث على الاسلام ، ولا تمأ بالتغيير ممن لا يتنقى سوى الخلاص من رابطة الزوجية بأية وسيلة كانت (١) .

أما عن موقف المحاكم الشرعية في هذا الصدد ، فانه على الرغم من أنها كانت في غالب الأحيان تقتنع بالاسلام الظاهر ، ولا تبحث في الدوافع والنوايا ، إلا أن من بين أحكامها ما ذهب إلى قعق حقيقة الدوافع ، خارجة بذلك عن الخطوة التي سارت عليها المحاكم الشرعية بصفة عامة . فمن ذلك مثلاً حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية (٢) حيث قررت المحكمة عدم الاعتداد بالاسلام الزوج إذ تبين من الملابس التي تم فيها تغيير الديانة ، ومن ظروف الحال ، ما جعلها تستظهر نية الفش . فقد ثبت لها أنه على الرغم من إقراره أنه أسلم وحكم بسلامه ، إلا أنه تبين أن الزوج « استمر متمسكا بدين المسيحية منفصلا من دين الاسلام مبتعدا عنه كل البعد ، ولم يوجد منه ما يدل على أنه أسلم أو أخلص للاسلام في يوم من الأيام ، يدل على ذلك المنازعات الشديدة التي كانت بينه وبين المدعية وفي كل أدوارها كان يبرأ من الاسلام ، وإنما أقرب به في الورقة التي اعتبر بها مسلما خدعة للمدعية ، وتلاعبا بالدين الاسلامي » .

وفي حكم آخر لمحكمة الاسكندرية الشرعية (٣) أخذت المحكمة بنفس

(١) أنظر : بطرس كساب ، السابق ص ١٠٨ وهاشم رقم ٢ حيث أشار إلى كتاب المرحوم محمد حامد فهمي في المرافعات ص ٢٩١ .

(٢) حكم استثنائي صادر في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٣٨ ، المحاماة الشرعية ص ١١ هدد ص ٦٣ - ٦٥ . وقد أبدت المحكمة أسفها لحصول ذلك من طبيب يدعله من الأعمال الأخلاقية الصرفة التي أخضا الأمانة والصدق .

(٣) راجع حكم في ١٣ مايو سنة ١٩٤٠ ، مجلة المحاماة الشرعية ص ١١ الأعداد من ٨ إلى ١٠ ص ١٠٢ وما بعدها ، والحكم متعلق بدعوى أقامها إسرائيلي اتفق الاسلام ، طلب فيها ضم ابنته الصغيرة إليه .

الوجهة الساجدة قالت: « إن الكيد فتح للناس طرقاً في الحصونة ملتوية اختالوا في ولوجها بشق الحيل ، فحيناً يلجونها وقد تسربلوا ثوب الدين ، وطورا يقطعونها وقد ركبوا صهوة الأخلاق ، وآونة يلوحون بأعلام اجتماعية . فأمام الهيئات المدنية يلوحون بأعلام الأخلاق والإنسانية ، وأمام الهيئات الدينية يرفعون الراية الاسلامية ، ولم يكن الدين مظية ذلولا تركب للسكيد ويحمل عليها إلى الباطل . وواجب القاضى أن ينظر في القضية وملابساتها ليتعرف الأسباب التي أثارها أمامه » .

هذا هو ما اتجهت إليه بعض المحاكم ، والظاهر ، كما يبدو من الظروف والملابسات التي صدرت فيها الأحكام ، وخاصة أحكام المحاكم الشرعية ، أن أمر الفش والتحايل كان واضحا ، أبانت عنه الظروف بسهولة ، مما جعل المحاكم تندد ، في أسوأ ، بموقف هؤلاء المتظاهرين المحتالين باسم الاسلام لضيق حقوق الغير أو للاضرار به ، ولهذا لم تعتمد بإسلامهم ^(١) .

وعلى الرغم من أن هناك حالات يبدو فيها أمر التحايل ظاهراً ، ويمكن الوقوف على حقيقة الأمور بقليل من التحري والنظر في الملابسات والظروف ، إلا أن الظاهر أن المحاكم الأهلية قد استقر قضاؤها ، وخاصة بمد حكم محكمة النقض في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ ^(٢) ، على عدم البحث عن البواعث والاكتفاء بالمظاهر الخارجية الرسمية فقط لاعتناق الدين أو المذهب ، إذ من المبت — كما قيل — تحليل الدوافع التي حدث بالشخص لاعتناق دين من الأديان ، كما أنه

(١) أنظر أيضا حكماً لمحكمة ملوى الشرعية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ ، أشار إليه
عزيز خانكي في بحثه السابق بمجلة المحاماة ص ٨٦١
(٢) والمحكم منشور في مجموعة عمر ، جزء ٢ رقم ١٤ ص ٢٢ وقد سبقت للإشارة إليه
في الفترة الساجدة ص ١٩٦ هاشم ١

يكون في أغلب الاحيان من التورط في إثم سوء الظن الجرى وراء شبهات خادعة للعلن في عقيدة الشخص والاقتصاص من إيمانه.

هذا هو الرأي الثالث الذى قيل به في صدد تغيير الديانة أو المذهب.. ومن الواضح أنه يهتم بالنظر إلى حقيقة الباعث على التغيير ، ولا يعتد به إذا كان القصد منه هـ التحايل فقط . فإذا ثبت أن المقصود من التغيير إنما هو الكيد للطرف الآخر والتهرب من أحكام القانون المختص ، لا يعتد به . وقد أيد هذا رأى جانب من الفقه ومن أحكام المحاكم ، وإن كانت محكمة النقض ، كما رأينا لاتعتد بالبواعث الدافعة إلى التغيير . ويؤيدها في هذا النظر ما يحيط بالبحث عن حقيقة البواعث من صعوبات .

ويبدو أن المشرع لم يتأثر بهذا الرأى في القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، اللهم إلا بالنسبة للصورة التى يتم فيها التغيير في الطائفة والملة أو الديانة أثناء سير الدعوى إلى غير الاسلام ، إذ يمكن القول بأن المشرع قد افترض في هذه الحالة أن مثل هذا التغيير مقصود به الكيد والتحايل والتهرب من الشريعة القديمة ، والاستفادة من المزايا التى يخولها الوضع الجديد . ومع ذلك فليس للقاضى سلطة البحث في هذه الحالة عن الدوافع ، لأن المشرع يفترض هذا فرضا غير قابل لاثبات العكس .

٥٦ - ثانيا : الوضع في ظل القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - المادة السابعة من القانون وتفرقتها بين حالتين : اتبيننا فيما سبق من بيان حكم تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة في الفقه والقضاء قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فما هو الحكم في ظل هذا القانون ؟

تمرضت المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لهذا الموضوع فنصت على أنه « لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما

يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفة إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الاسلام . فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » . والفقرة الأولى من المادة السادسة ، والتي يشير إليها النص ، تقضى بأعمال المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أى بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية . أما الفقرة الثانية من المادة السادسة فهى خاصة بتطبيق شريعة غير المسلمين فى مسائل أحوالهم الشخصية إذا اتحد الأفراد من حيث الطائفة والملة ، وكانت لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، بحيث تصدر الأحكام طبقاً لشريعتهم فى نطاق النظام العام .

على أنه يمكن بادية الأمر ، وقبل أن نبين الفروض المختلفة التى تعرض لها نص المادة السابعة ، أن نلفت النظر إلى أمرين بشأن هذا النص .

فبراغى أولاً أنه يتكلم عن تغيير الطائفة والملة أثناء سير الدعوى . لكن هل يطبق ما جاء به أيضاً فى حالة تغيير الديانة ؟ لاشك أنه يطبق فى حالة التغيير إلى الاسلام كما يقضى النص صراحة . ومع ذلك فإنه يفهم منه أنه يطبق أيضاً فى حالة التغيير إلى ديانة أخرى غير الاسلام ، ذلك لأنه إذا كان التغيير إلى الاسلام أثناء سير الدعوى ينتج أثره وتطبق الشريعة الاسلامية ، فإن مفهوم ذلك أنه إذا كان التغيير إلى دين آخر غير الاسلام أثناء سير الدعوى ، لا ينتج أثره من حيث الاختصاص التشريعى ، أى من حيث القانون الواجب التطبيق . ومعنى هذا أن التغيير إلى ديانة أخرى يأخذ حكم تغيير الطائفة والملة . وبذلك يكون تغيير الديانة إلى غير الاسلام ، شأنه فى ذلك شأن تغيير الطائفة والملة أثناء سير الدعوى ، لا أثر له . ومن ناحية أخرى إذا كان القانون لا يعتد هنا بالتغيير أثناء سير الدعوى ، فمفهوم ذلك أن التغيير إذا كان قبل رفع الدعوى ، يعتد به؛

فالتغيير السابق على رفع الدعوى يستد به ، سواء كان ذلك في الدين أو المذهب أو الطائفة . أما بعد رفع الدعوى فانه لا يستد به إلا إذا كان إلى الاسلام . هذه ملاحظة أولى بشأن ماجاء في المادة السابعة .

ويراعى ثانيا أن النص يتكلم عن «تغيير الطائفة والملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى...» ، والمقصود بذلك - رغم عدم دقة النص في هذا الصدد - أى تغيير ، سواء كان من شأنه إخراج أحد الخصوم من الطائفة التي ينتسب اليها إلى طائفة أخرى ، كأن ينتقل مثلاً من طائفة الاقباط الأرثوذكس إلى طائفة الروم الارثوذكس . أو كان من شأنه إخراجه من مذهب إلى مذهب آخر ، كأن ينتقل مثلاً من المذهب الكاثوليكي إلى المذهب الارثوذكسي ، فيغير قبلي كاثوليكي مثلاً مذهب إلى قبلي أرثوذكسي . وهذا هو ما ينبغي أن يفهم من عبارة المشرع . وعلى أية حال فإن صياغة المادة في هذا الصدد تبدو غير دقيقة ، وكان يجدر بالمشرع أن ينص على التغيير الذي يخرج أحد الخصوم من طائفته أو مذهب أو ديانتة^(١) . هذه هي الملاحظة الثانية بشأن المادة السابعة . وعلى ضوء ما سبق يمكننا أن نفرق بين حالتين تضمنهما نص المادة .

٥٧ — الحالة الأولى : حالة التغيير إلى ديانة أخرى غير الاسلام أو إلى مذهب آخر أو طائفة أخرى : يفرق هنا بين صورتين : (١) في صورة أولى إذا تم التغيير

(١) أنظر كذلك جيل الشرفاوى : المرجع السابق ، الكتاب الثاني (سنة ١٩٠٨) ص ١٣ بالهامش حيث يقول إن تغيير الدين لا يبنى الانتقال من وحدة طائفية إلى أخرى ، وإن المشرع يعنى بالوحدات الطائفية الطوائف المختلفة للمذاهب المسيحية واليهودية ، وإشارته للوحدات الطائفية في المادة ٧ يقصد بها تأكيد اشتراط وحدة الطائفة لتطبيق قانون غير المسلمين ولم يقصد المشرع بهذه الإشارة اعتبار المسلمين وحدة طائفية تقابل وحدة طائفية أخرى تضم كل المسيحيين واليهود كما حاول البعض (أنظر محمد نمر وأبني بقطر ، مؤلفهما السابق فقرة ٤١) أن يأخذ من صياغة النص .

أثناء سير الدعوى ، لا يترتب عليه أى تغيير من حيث الشريعة الواجبة التطبيق ، إذ تظل الشريعة التى كانت تحكم الخصوم عند رفع الدعوى هى نفسها التى تحكمهم حتى بعد التغيير الطارىء أثناء سيرها . وعلى ذلك فإن المشرع لا يعتد بمثل هذا التغيير . ويمكن القول فى هذا الصدد إنه قد أقام قرينة لاقبل إثبات العكس على أن التحول أثناء سير الدعوى إلى ديانة أخرى غير الاسلام ، أو إلى طائفة أو ملة أخرى ، إنما تم بقصد التهرب من الشريعة القديمة وما نشأ من التزامات فى ظلها ، لكى يستفيد الشخص من الرخص والمزايا التى تخول له فى ظل وضعه الجديد . ولذلك لا يعتد المشرع بمثل هذا التغيير الذى لم يقصد به سوى التحايل ، فيعامل مثل هذا الشخص كأنه لم يغير ديانته أو مذهبه أو طائفته ، تأسيسا على افتراض نية النش والتحايل نحو القانون .

والواقع أن ما جاء به المشرع فى هذا الصدد يتفق مع ما كان مسلما به قبل صدور القانون ٤٦٢ ، وبصفة خاصة فى حالة التغيير إلى ديانة أو ملة أخرى غير الاسلام . إذ جرى قضاء المحاكم الأهلية على الإبقاء على اختصاص المجالس الطائفية متى كان هذا الاختصاص قد ثبت لها على أثر اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة ولم تكن المحاكم الأهلية تفر الاختصاص للمحاكم الشرعية ، إذ العبرة فى ثبوت الاختصاص عندها ، كان بديانة الطرفين وقت رفع الدعوى . فإذا رفعت صحيحة إلى جهة الاختصاص الأصلية ثبت لها حق نظرها دون حاجة إلى تأييد لاحق من الطرفين ، ولا يمكن لأيهما أن يسقط عن هذه الهيئة القضائية اختصاصها بعمل من جانبها عن طريق تغيير ديانته أو مذهبه .

وإذا كان هذا الأمر مسلما به فى حالة التغيير إلى غير الاسلام ، إذ كان

إلى الاسلام أثناء سير الدعوى . وقد اتجهت بعض الأحكام إلى الإبقاء على الاختصاص للجهة التي رفع النزاع أمامها حتى بعد التغير الطارىء إلى الاسلام، على النحو الذى سنبينه بعد قليل^(١)

ولكن ينبغي أن يراعى أنه إذا كان القانون لا يمتد بالتغير فى هذه الحالة فليس معنى ذلك أنه عديم الأثر ، إذ التغير الطارىء أثناء سير الدعوى وإن كان لا يغير من وضع الخصوم الذى استقر عند رفع الدعوى إلا أنه ينتج أثره فى المستقبل . ومعنى ذلك أنه إذا ما ثار النزاع فى المستقبل رتب التغير أثره من حيث الشريعة الواجبة التطبيق . وهذا أمر لا جدال فيه ، فبقاء الاختصاص للشريعة السابقة على التغير إنما هو خاص فقط بالدعوى التى حصل التغير خلالها^(٢) . هذا عن الصورة الأولى التى يتم فيها التغير أثناء سير الدعوى . وهى الحالة التى نص عليها المشرع صراحة كما قدمنا^(٣) .

أما عن الصورة الثانية وهى صورة التغير السابق على رفع الدعوى فانه مفهوم من النص ، لأنه إذا كان التغير أثناء سير الدعوى لا أثر له ، فان من المفهوم أن التغير السابق على الدعوى له أثره . ومعنى ذلك أنه هذا التغير ينتج أثره من حيث الشريعة الواجبة التطبيق ، طالما كان قبل رفع الدعوى ، سواء أدى الى تطبيق الشريعة الاسلامية أو حتى الى تطبيق

(١) أنظر حكم محكمة مصر الكلية بجلسة استثنائية فى ٢٧ فبراير ١٩٣٤ ، مشار اليه ضمن حكم النقض فى ٢٤ يناير ١٩٣٥ ، مجموعة عمر جزء أول رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ ، وأنظر بصفة خاصة صفحات ٥٧٤ و ٥٧٧ و ٥٧٨ و ٥٧٩ وما أشير اليه من أحكام فى صفحة ٥٧٩ خاصة بأثر التغير على اختصاص المحكمة المنظورة أمامها الدعوى . وانظر أيضاً ، حامد زكى مجلة القانون والاقتصاد ، س ٥ وتعليقه على الحكم المذكور وخاصة ص ٣٠٦ .

(٢) وهذا هو ما يقال بالنسبة لحالة تغير الجنسية . فجميع الدعاوى التى تنشأ بسبب الملاقى القديمة تختص بها المحاكم الجديدة فى حالة تغير الجنسية . وما يحتفظ به للمحاكم الجنسية القديمة هى القضايا التى رفعت اليها فعلاً . أما التى لم ترفع بعد ، فيجب نظرها أمام محاكم الجنسية الجديدة (حامد زكى ، البحث السابق ، ص ٣٠٧) .

الشريعة المالية لغير المسلمين . ذلك أنه قد يكون الأفراد متحدين من حيث الطائفة والملة عند بدء العلاقة ثم يغير أحدهم طائفته أو ملته قبل قيام النزاع ورفع الدعوى ، فيترتب على هذا التغيير أثره ، وتطبق الشريعة الإسلامية في شأن ما يثار بينهم من منازعات ، لاختلافهم عند رفع الدعوى في الطائفة والملة . وقد يكون الأفراد مختلفين من حيث الطائفة والملة عند بدء قيام العلاقة ، ثم يتم اتحادهم على أثر تغيير أحدهم بانتقاله الى طائفة وملة الطرف الآخر ، فإذا تم زواج بين قبطي أرثوذكسي مثلاً ورومية كاثوليكية ، ثم انتقلت الزوجة الى طائفة الاقباط الارثوذكس ، تم اتحاد الزوجين في الطائفة والملة ، ويخضع النزاع الذي يثار بينهما بعد ذلك لشريعة الاقباط الارثوذكس ، طالما أن التغيير قد تم قبل رفع الدعوى .

هذه هي الصورة الثانية ، وهي الصورة التي يتم فيها التغيير قبل رفع الدعوى . وتبدو التفرقة واضحة بين حالة التغيير قبل رفع الدعوى حيث يترتب التغيير أثره ، والتغيير بعد رفع الدعوى ، حيث لا يترتب عليه أثره في شأن النزاع القائم الذي رفعت الدعوى من أجله . وبذلك يبدو أن المشروع قد ربط مسألة ترتب أثر التغيير في الطائفة والملة على مسألة متعلقة بالاجراءات ، وهي تاريخ اعتبار الدعوى مرفوعة أمام القضاء ^(١) .

٨٠٠ حالة الثانية: حالة التغيير الى الاسلام : في هذه الحالة ينتج التغيير أثره ليس فقط في صورة ما إذا تم قبل رفع الدعوى ، بل وأيضاً حتى بعد رفعها وأثناء السير فيها . ومعنى ذلك تطبيق الشريعة الإسلامية ، فتصدر الأحكام طبقاً لما جاء في لأئحة الحاكم الشرعية ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ما عدا

(١) أنظر ، حامد زكي ، البحث السابق ، ص ٢٠٧

الأحوال التي كان قانون الحاكم الشرعية ينص فيها على قواعد خاصة ، إذ يجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد (مادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب الحاكم الشرعية) . وليس هذا - كما قبل في المذكرة الايضاحية لقانون ٤٦٢ - إلا تطبيقا لقاعدة مقررّة « من أن تغيير الدين يترتب عليه أن يستمتع الشخص بجميع الحقوق التي ينحصرها له الدين الجديد » .

ويمكن القول ، كما أشرنا فيما مضى ، إن المشرع يأخذها بفكرة النظام العام ، والتي تقضى بأن من يغير ديانته يستفيد من هذا التغير ، تطبيقا لمبدأ حرية العقيدة . وبذلك استبعدت فكرة الغش نحو القانون وفكرة الحقوق المكتسبة في هذا الصدد .

على أن القانون إذا كان قد فصل في مسألة تغيير الديانة إلى الاسلام بعد رفع الدعوى ورتب عليه أثره من حيث الاختصاص التشريعي ، فإن الأمر لم يكن مسلما من قبل . فقد ثار الخلاف قبل صدور القانون ٤٦٢ حول مدى اختصاص الحاكم الطائفية في حالة اعتناق أحد الخصوم للاسلام أثناء سير الدعوى . وفي اتجاه أول قيل إنه إذا كان النزاع قد رفع فعلا ، ظلت المحكمة التي رفع النزاع أمامها مختصة . إذ العبارة في الاختصاص هو بحالة الخصوم وقت رفع الدعوى . فإذا رفعت الدعوى فعلا بين زوجين من غير المسلمين وهما على دينها ، أي قبل دخول أحدهما في الدين الاسلامي ، ظلت محكمتها الطائفية صاحبة السلطان بالنسبة لهذه الدعوى فقط ، ويجب أن ينتظر نتيجة ما تفصل به ، ولو تغيرت حالة أحدهما بعد ذلك . أما إذا لم تكن هناك دعوى رفعت قبل تغيير حالة أحدهما بياسلامه مثلا ، فإن حالتها وقت رفع الدعوى هي التي تحدد اختصاص المحكمة التي تفصل فيها ويجب الرجوع إذن إلى المحكمة الشرعية . هذا هو ما قضت به

بعض المحاكم^(١) . والمهم في هذا الاتجاه أن الاختصاص كان يبقى للجهة التي رفع النزاع أمامها ، وثبت لها الاختصاص ، وكانت تقضى بطبيعة الحال طبقا للقواعد المعمول بها أمامها ، فتلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي كقاعدة عامة . وكان من المسلم به أن الأحكام التي تصدرها المحاكم في هذا الصدد تظل محترمة ، اللهم إلا إذا كانت الأحكام مخالفة للنظام العام ، كالموقفى بالطاعة على الزوجة التي أسلمت زوجها غير المسلم^(٢) . هذا عن الاتجاه الاول ، وواضح انه لا يفتق مع ما اتجه اليه القانون ٤٦٣ . أما عن الاتجاه الثاني وهو الذي رجحه القانون ، فقد اتجهت اليه بعض الأحكام كذلك . وقد كانت المحاكم الشرعية تطبق الشريعة الاسلامية بصفة مطلقة على كل من دخل في دين الاسلام أى في حالة الاسلام الطارى ، ولم تنقيد بحالته السابقة عليه^(٣) . وهذا ما أقرته محكمة النقض . فقد اعتدت .

-
- (١) أنظر محكمة الأزبكية الشرعية في ٢٠ سبتمبر ١٩١٦ ، مجلة الأحكام الشرعية ١١ ص ٢١ ، وانظر أيضا محكمة استئناف مصر الأهلية في ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ص ١٥ رقم ٣١ ، الاسكندرية الابتدائية في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ص ٩ رقم ٤٩١ ، ص ٨٩٥ (الحجيات) . وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن تغيير الديانة باعتناق الاسلام بعد رفع الدعوى والمراعاة أمام البطريركخانه لا يترتب عليه أى ضرر لقدمى عليها ولا زوال اختصاص البطريركخانه طالما أن الدعوى رفضت أمام الجهة المختصة .
- (٢) أنظر حكم محكمة مصر الكلية ، السابق الإشارة اليه في مجموعة عمر ، جزء أول وخاصة ص ٥٧٨ . وانظر أيضا : عبد النعم رياض ، فترة ٢١٧ ص ١٧٧
- (٣) انظر من هذه الاحكام : محكمة مصر للشرعية في ١٩ يناير ١٩١٦ ، المجلة للشرعية ١٠ ص ١١١ ، والأزبكية الشرعية في ٢١ يناير ١٩١٧ المجلة للشرعية ١١ ص ١٨٦ و ٢١٧ ... (وقد أشار إليها الأستاذ أحمد عبد الحادى ، مجلة القانون والاقتصاد ص ٥ ص ٢٠ هامش ١) .
- وانظر في تأييد اختصاص القضاء الشرعى فيما سبق ، وبالتالي تطبيق الشرع الاسلاميه بالنسبة للمسلم حتى ولو كان إسلامه طارئا ، أحمد عبد الحادى ، البحث السابق ، ص ١٤ وما بعدها .

بالاسلام الطارىء بعد رفع الدعوى وقررت تبعا لذلك أن الدعوى تخرج من اختصاص المجلس الملى الذى كان مختصا بها ، وأن الولاية تصير بعد الاسلام الى المحاكم الشرعية (١) .

وإزاء ما جاء به المشرع من أن التنفير أثناء سير الدعوى يستند به اذا كان الى الاسلام ، يثور التساؤل عن سبب التفرقة بين هذه الحالة وحالة ما اذا كان التنفير الى غير الاسلام ، حيث لا يعتد المشرع بهذا التنفير الاخير اذا تم أثناء سير الدعوى ، مع أن التنفير فى الحالتين يتم أثناء السير فى الدعوى ، والواقع أن موقف المشرع فى هذا الصدد جاء متعارضا ولم يخالفه التوفيق ، اذ أنه يعطى لوضع واحد مظهرين مختلفين ، فلا يعتد بالتنفير فى حالة مقترضا أنه يتم بطريق التحايل على القانون ، ويعتد به فى حالة أخرى على أساس أن تفسير الدين فى هذه الحالة مسألة تتعلق بالنظام العام ، لما لها من مساس بحرية العقيدة .

قد يقال تبريرا لذلك إن الدين الاسلامى هو الدين الرسمى للبلاد ، وفى الاعتداد بالتنفير الحاصل أثناء سير الدعوى - اذا كان الى الاسلام - إعمال للشرعية الاسلامية والتوسع فى نطاق تطبيقها ، وخاصة أنها الشريعة العامة فى مسائل الاحوال الشخصية (٢) .

(١) نقض جميعه عموميه جله ٢٢ مايو ١٩٥٤ مجموعه المكنب الفنى ص ٥ العدد الثالث س ٦٨٧ وكانت الدعوى قد رفعت الى المجلس الملى فاشهر الزوج اسلامه الا أن المجلس الملى أصدر على استمراره نفي الدعوى ، فلم توافق المحكمة على ذلك وقررت أن المجلس الملى فصل فى دعوى اختلف طرفاها ديانه ، فى حين أن مناط اختصاصه الاستئناف المحدود هو وجوب اعتماد طرفي الخصومة فى الله ، ولا يسوغ أن يحد المجلس اختصاصه لمثل هذا الطاب يتقوله انه متى كان الزواج قد تم أمام الكنيسية القبطية الاثوذكسية كان للمجلس الملى مختصا بالفصل فى آثار الزواج مهما اختلفت ديانة الزوجين بعد العقد .. كذلك لا محل لتبرير اختصاصه بأنه وقد كان هو المختص بنظر الدعوى وقت رفضها بطل مختصا . ، مهما طرأ عليها بعد رفضها ، مما يؤثر على اختصاصه ، إذا هذا القول مدفوع ... بأن المدعى عليه أصبح بعد اشتهار اسلامه مسلما تحكم الشريعة الاسلامية وحدها دون غيرها حالته الشخصية .

(٢) انظر اهاف اسمايل ، السابق س ١٠٨ - ١٠٩ ، وأنظر أيضا : أحمد عيдахدى

إلا أن كل ما يمكن أن يقال في هذا الصدد لا يبرر موقف المشرع وتعارضه. ولقد كان عليه أن يتخذ في هذا الصدد موقفاً واحداً . فاما أن يحصل التغيير متجاً لاثره في كلتا الحالتين ، وإما أن يجعله كأن لم يكن بالنسبة للدعوى التي حصل أثناءها ، وذلك في كلتا الحالتين أيضاً . وإن كنا نرى أنه كان يجمل به أن يعتد بالديانة الجديدة أو المذهب الجديد طالما اتخذت الإجراءات المطلوبة للتغيير . ولا نحسب ذلك متعارضاً مع أغراضه إذا كان قد قصد بالاعتداد بالتغيير إلى الاسلام التوسع في تطبيق الشريعة الاسلامية وهي الشريعة الغالبة في البلاد . لانحسب أن ما نادى به يتعارض مع هذه الوجهة ، إنه على العكس يؤيدها . فتغيير أحد الحصوص لطائفته أو ملته أثناء سير الدعوى إنما يترتب عليه - في الغالب - من الحالات - اختلافهم في الطائفة والملة مما يؤدي إلى تطبيق الشريعة الاسلامية كذلك . لاشك إذن أن المشرع لم يكن موقفاً في هذا الموقف ^(١) .

هذا هو حكم القانون ٤٦٢ في شأن تغيير الديانة والمذهب والطائفة ، سواء تم التغيير إلى الاسلام أو إلى غير الاسلام . وسواء تم قبل رفع الدعوى أو في أثناء سيرها .

ولا يفوتنا في صدد تغيير الديانة إلى الاسلام أثناء سير الدعوى ، أن نشير إلى بعض ما جاء في أحكام القضاء بصده . ففي ظل القانون ٤٦٢ قررت المحاكم : أنه « إذا رفعت الدعوى أمام هيئة الأحوال الشخصية لتغير المسلمين . . ثم غير

السابق ، وخاصة ص ١٦ ، وكذلك حلى بطرس ، السابق ، ص ٥١ - ٥٢ ، تادرس . ميخائيل ، الأحوال الشخصية لمصريين الغير مسلمين ، السابق فقرة ٢٣ - ٢٤ ، ص ٢٢ - ٢٤ ، أحمد أبو الوفا : السابق فقرة ٢٣٩ ص ٢٩٤ .

(١) انظر مذكراتنا في الأحوال الشخصية لطلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٧ - ١٩٥٨ ص ٣٢ وانظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب رقم ٥٨ . وانظر كذلك أحمد سلامة ، الطبعة الثانية ، رقم ١٣٢ ، وكذلك : اهاب امهاري : أصول الأحوال الشخصية ، السابق رقم ١٢٤

الزوج . ياتنه الى الاسلام أثناء نظر الدعوى . فتكون الأحكام المقررة بالإنحة ترتيب المحاكم الشرعية هي الواجبة التطبيق عملاً بالمادة السادسة من القانون ٤٦٢ لذلك رأت المحكمة إحالة الدعوى الى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين للفصل فيها ^(١) .

هذا ويراعى أنه اذا وقع التغير الى الاسلام أثناء سير الدعوى ، فلا بد من اعلان ذلك الى الطرف الآخر حتى يمكن أن ترتب عليه آثاره . ولهذا قضت محكمة النقض بأنه « متى كانت الدعوى قد رفعت باعتبار طرفي الخصومة فيها من الأرمن الأرثوذكس وسلم الطرفان أمام المجلس الملى الابتدائي بالوحدة الطائفية ، واستمر الايديان غير ذلك حتى صدر الحكم في الدعوى ، فلم يعرض المدعى عليه واقعة اسلامه الطارىء ، رغم حضوره أمام المجلس من وقت اشهار اسلامه الى وقت صدور الحكم في الدعوى ، فانه لا يكون هناك محل لما يتمسك به المدعى عليه بعد ذلك من أن المجلس قد جاوز اختصاصه » ^(٢) .

٢٩ - محاولة الحد من الآثار التي تترتب على تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة
قد هذا الاتجاه : رأينا فيما سبق أن المشرع في المادة السابعة من القانون ٤٦٢ يعتد بتغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة اذا كان ذلك قبل رفع الدعوى ، كما يعتد بالتغير في الديانة بعد رفع الدعوى اذا كان الى الاسلام . واذا كان المشرع يعتد بالتغير في هذه الحالات ، فانه يعتد به بصورة مطلقة ، لا يقيد به أى قيد من القيود ، فهو كما قدمنا ، لا ينظر الى بواعث الافراد على هذا التغير ، كما أنه لم يقيد من إطلاق ما يترتب عليه من آثار باحترام حقوق الآخرين .

(١) محكمة الميزة الابتدائية للأحوال الشخصية في ١٠ ديسمبر ١٩٥٧ في القضية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٧ كلّي غير مسلمين .

(٢) نقض في ٢٦ من يونية سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب التقى ، ص ٧ عدد ٢ ، رقم ١٢ ص ٤٧٧ . وفارن أيضاً حكماً آخر في نفس التاريخ ونفس المجموعة ، رقم ١٣ ص ٤٨٢ .

وعلى الرغم مما هو واضح من نص المادة السابعة ومفهومها على النحو الذى بيناه ، الا أن البعض حاول أن يحد من الآثار التى تترتب على تغيير الديانة أو المذهب من حيث الاعتداد بما يخوله الدين الجديد أو الوضع الجديد بعد التغيير من حقوق ومزايا ، قرروا أنه يشترط أن يكون الإيمان بالدين الجديد عن عقيدة صادقة لا يقصد النش أو التحايل على القانون . ومعنى ذلك أنه يجب الحد من الآثار المترتبة على التغيير بفكرة النش نحو القانون . كما قرروا أيضا أنه يجب تشييد هذه الآثار بفكرة الحقوق المكتسبة ، فينبى صيانة الحقوق المكتسبة للطرف الثانى والتى لاتعارض مع ممارسة الطرف الذى غير ديانته للحقوق التى يخولها له قانونه الدينى الجديد ^(١) .

ومعنى هذا ، عند القائلين بالرأى الذى نحن بصددده ، أنه فى حالة ما إذا غير أحد الزوجين ديانته إلى الاسلام مثلا ، فإن من حقه كزوج مسلم أن يطلق زوجته وأن يعدد زوجاته . ولكن لزوجه من ناحية أخرى حقوقا المكتسبة التى لاتعارض مع حقوق الزوج الجديدة . فلها أن تطلب الطلاق من زوجها إذا كانت معاشرتها له تصطدم مع عقيدتها الدينية ، ولها أن تكتفى برفض معاشرته وطلب نفقة منه . وليس فى ذلك ما يتعارض مع حقوق الزوج الذى اعتنق الاسلام ، لأنه ليس من ممارسة الدين الجديد فى شىء أن تكون له زوجة غير مسلمة لا قبل معاشرته ، ولا يصطدم ذلك بأية عقيدة دينية من عقائد الزوج . وكذلك ليس من ممارسة الدين الجديد فى شىء أن لا يلزم الزوج فى ماله بنفقة الزوجة التى أصبحت حقا مكتسبا لها من مجرد زواجها الأول منه فى ظل ديانتهما المشتركة ^(٢) .

(١) صاحب هذا هو على بطرس ، معارضاته السابقة ، انظر ص ٥٢ وكذلك ص ٥٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٦٠ .

ولم تكن هذه أول مرة ينادى فيها بهذا الرأي ؛ فقد نادى البعض بهذه الفكرة قبل صدور القانون ٤٦٢^(١) كما قررت ذلك أيضا لجنة تنازع الاختصاص التي شكلت في سنة ١٩٢٠ ، في الشكوى نمرة ٧٨ بقولها : « إن تغيير أحد الزوجين ديانته كتحغير جنسيته يرتب له الحق في التمتع بما يحل له دينه الجديد ، ولكن لا يترتب عليه إسقاط الحقوق المدنية المكتسبة للزوج الآخر »^(٢) .

ولعل أول ما يلتفت النظر في هذا الصدد أنه إذا كان يمكن التسليم بالرأي السابق قبل صدور القانون ٤٦٢ ونصه على حكم تفسير الديانة أو الطائفة والملة ، على اعتباره رأيا قهيبا في حينه ، فإنه لا يمكن التسليم به كما هو بعد صدور القانون ٤٦٢ .

= وبغض صاحب هذا الرأي (حلمي بطرس) أنه لا مجافاة بين صون الحقوق المكتسبة للطرف الذي لم يغير ديانته والتي لا تتعارض مع ممارسة الآخر لعقيدته الجديدة ، وبين أحكام الشريعة الإسلامية ، لأنها ليست إلا الزاماً للزوج بتكاليف مالية كان قد ارتضاها من قبل . أما بالنسبة لحق الزوجة الذمية التي يسلم زوجها في أن تطلب الطلاق منه أو الانفصال عنه لأن البقاء في عشرته يخالف عقيدتها ، فهو أمر قد يثير الشك ، كما يقول صاحب الرأي ذلك لأنه ليس في مذاهب السنة ما يحتم فسخ زواج الذمية لمجرد اسلام زوجها ، فإن هذا صحيح ابتداء ، وما يصح ابتداء يصح بقاء ولم يأخذ جمهور الفقهاء في هذا الصدد بالرأي القائل بفسخ الزواج في هذا الحالة : وهو مذهب الزيدية . ولكن الشك بالنسبة لحق الزوجة التي اسلم زوجها في طلب الانفصال يزول اذا روعي أن زواج المسلم بالكثائية ، وإن كان غير محرر ، إلا أنه لا ينظر إليه بين الارتياح ، وأن اتحاد الدين شرط لصحة الزواج في الشريعتين المسيحية والموسوية . ثم إنه لا مصلحة في الإبقاء على زوجة يرى أحد طرفيها أن صلته بالآخر محرمة عليه ديانة . هذا بالإضافة الى أن الشريعة الإسلامية تجيز الطلاق لغير الضرر (انظر المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ويمكن في هذه الحالة أن تدعى الزوجة بأن اسرل زوجها على الاساك بها ينطوي على إصرار بها لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، متى كان هذا القول صادرا من يقين ديني ثابت لديها بأن معاشرتها له أصبحت حراما عليها بمقتضى ديانتها ، ومما يبرر الضرر في هذه الحالة معيار شخصي يقاس بمقالة الضرورة وظروفه الخاصة ولا يتصور في هذه الحالة أن يكون لتفريق أدنى مساس بعقيدة الطرف الآخر ... (حلمي بطرس ، ص ٦٢ - ٦٤) .

(١) انظر أحد صفحت : السابق ص ٥٠ - ٥١ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٩ .

فن الواضح كما قدمنا أن الرأى الذى نحن بصددده يعترف بالأثار المترتبة على التغير ولكنه يقدها بفكرة النش نحو القانون . ومعنى ذلك أنه يمين على القاضى أن يبحث عن الدافع إلى التغير ، فإذا وجد أنه كان بدافع التحايل والتهرب مما كانت تفرضه الديانة السابقة أو المذهب السابق ، لا يعتد به . وهذه هى النتيجة الأولى لمطلق هذا الرأى . ولا جدال فى منافاتها نصريح المادة السابعة التى تمتد بالتغير مطلقا دون بحث عن نية النش ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها لكن إلى الاسلام .

ومن ناحية أخرى فان مؤدى هذا الرأى ، أنه إذا تم التغير وتبين للقاضى انه لم يكن بقصد النش ، بل كان عن رغبة صادقة فى اعتناق الدين أو المذهب الجديد ، فينبى أن يرتب التغير أثره . ولكن ذلك يصطدم بالقيد الآخر الذى وضعه أصحاب الرأى الذى نحن بصددده ، وهو أن ترتب أثر التغير من حيث ولاية القانون الواجب التطبيق كما هو معلوم ، لا ينبى أن يمس حقوق الطرف الآخر التى اكتسبها والتى لا تتعارض مع استعمال الدين الجديد ، كما يقولون . وهذا منطق غريب فى الواقع . لأننا حتى لو سلمنا بفكرة النش والبحث عن الدوافع ، فلا أقل من احترام ما يترتب على تغير الديانة أو المذهب من آثار ، إذا ما ثبت لنا أن التغير كان بنية سليمة ولم يقصد منه التحايل على الاطلاق . وبذلك يترتب على التغير أثره ، ويتمتع الشخص بكل ما ينحوله له دينه الجديد أو مذهبه من حقوق ، ولا عمل لتقييد ذلك بما يسى بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر . ومع ذلك فان القيد الثانى الخاص بالحقوق المكتسبة للطرف الثانى لاستدله من القانون ، كما هو الحال بالنسبة لتقييد الأول الخاص بالنش والتحايل على القانون .

والواقع أن الرأي الذي نحن بصدده يخرج بنا عن قصد المشرع في القانون ٤٦٢ الذي استبعد فكرة النش نحو القانون - كما أشرنا إلى ذلك من قبل - في حالة التغير في الديانة أو المذهب أو الطائفة قبل رفع الدعوى ، وحالة التغير إلى الاسلام بعد رفعها ؛ وقد أقام المشرع في هذه الحالة قرينة لا تقبل إثبات العكس أن التغير في تلك الحالات جميعها قد تم بحسن نية وليس بقصد التحايل ، ولذلك قرر الاعتداد بالتغير في جميع الحالات دون أن يباح لأحد البحث عن دوافع هذا التغير أما في حالة التغير بعد رفع الدعوى وإلى غير الاسلام فإنه لا يمتد به ولا يترتب عليه أثر وذلك لأن المشرع يفترض ، في هذه الحالة ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن مثل هذا التغير قد قصد منه التحايل والتهرب من أحكام القانون . الأول . ولهذا لم يربط عليه أثره . هذا هو ما قصده المشرع . فهو لم يقيد من التغير في الديانة أو المذهب أو الطائفة بفكرة النش نحو اثناسيون ، ولا بفكرة الحقوق المكتسبة التي لا تتعارض مع استعمال الدين الجديد . وإذا كان المشرع يربط على التغير أثراً معيناً وهو تعديل الاختصاص التشريعي . فإنه لم يقيد من هذا الاثر ، ومعنى ذلك أنه إذا ثبت الاختصاص التشريعي . على أثر تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ، للشريعة الاسلامية مثلاً ، فإن تطبيق هذه الشريعة لا يبنى التقييد منه بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر ، بل تطبق بكل أحكامها . في شأن العلاقة التي غير أحد أطرافها ديانتها ^(١) .

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى حكم ، سبق أن أشرنا إليه من قبل ، قرر فيه أنه « إذا تبين أن طرفي النزاع وقت رفع الدعوى مختلفان في

(١) وقد أيد فقه الحديث هذا الذي ذهبنا إليه خاصة لمخالفته لحكم المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . انظر جميل الشرقاوي (١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٢٩ - ٤١ ، احمد سلامة ، الطبعة الثانية رقم ١٤٧ وما بعدها . عبد الودود يحيى ، السابق ص ٧٠ .

الملة . فلا محل للبحث وراء الدافع للزوج عن سلوكه هذا ، لأن ذلك يتلق بشعوره النفساني الذي فرغ من إنظاره رسياً باعتناقه مذهبا جديداً . وليس لأحد سلطان عليه ، لأن الاعتقاد الديني مسألة فسانية محضة لا يمكن لأى هيئة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية الخارجية ، لأن لكل إنسان مطلق الحرية في اعتناق المذهب الذى يراه صالحاً»^(١)

كما لا يفوتنا أن نشير إلى ما أخذت به محكمة النقض في حكم حديث لها أقرت فيه ما ذهبنا إليه هنا من ترتيب الآثار الجديدة على الديانة التي تم التغير إليها ، وعدم الأخذ بفكرة النش ولا بفكرة الحقوق المكتسبة في ظل الوضع السابق . فقد رفضت محكمتنا العليا حكم استئناف القاهرة الذى قضى للزوجة بالتعويض على زوجها الذى اعتق الاسلام ، لأنه استعمل حق الطلاق استعمالاً غير مشروع ، إذ أنه قصد من ورائه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وهي إسقاط النفقة الصادرة للزوجة طبقاً لأحكام شريعة القعد . وقد قررت المحكمة أن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف يخالف القانون ، « ذلك أن الحكم الصادر بالنفقة يجوز حجية مؤقته ... كما أن عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين ، فيما يختص بالطلاق أو التطلق ، حقاً مستتراً ، ولا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقاً مكتسباً في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته . والثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن الاسلام لم يعد لحكم النفقة انصار من المجلس الملى وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاع الطاعن الطلاق . . وقد استوفى المطعون عليها حقها في هذا الخصوص ،

(١) محكمة القاهرة الابتدائية في ٢١ مايو ١٩٥٦ ، صالح حنى ، المرجع جزء ١ ص ٢٧٤

فليس لها بعد ذلك أن تتحدى قيام حكم هذه النفقة المتفق لها بها من المجلس الملى . . والحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وهي إسقاط حكم النفقة المشار اليه يكون قد خالف القانون . . . »^(١)

٦٠ - هل يجوز الحكم بالتعويض على من غير ديانته أو مذهبه أو طائفته ؟
رأينا فيما سبق أن المشرع يرتب على التغير في الديانة أو في الطائفة والملة قبل رفع الدعوى أو بعد رفضها إذا كان إلى الاسلام كل آثاره من حيث الاختصاص التشريعي ، دون الحد من هذه الآثار بفكرة الحقوق المكتسبة للطرف الآخر والتي لاتعارض مع الدين الجديد ، ودون البحث عن حقيقة نوايا الأفراد والدافع لهم إلى هذا التغير .

ولسكن على الرغم من أن المشرع قد رتب على التغير آثاره في الحدود السابقة ، فقد رأى البعض أنه مع التسليم بهذه الآثار ، إلا أنه يمكن الحكم بالتعويض في هذه الحالة ، وذلك لتوفيق بين مصالح الزوج ومصالح الزوجة ، والتعويض يحكم به على من غير ديانته وتسبب بذلك في تغير القواعد التي كانت واجبة التطبيق .

وقد استند الرأي القائل بالتعويض في هذه الحالة إلى بعض أحكام القضاء ، ثم إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فهل كان هذا الاتجاه موقفاً ؟

أما عن موقف القضاء في هذا الصدد ، فقد صدرت بعض أحكام قضى بالتعويض للطرف الآخر الذي لم يغير ديانته أو مذهبه . ومن ذلك حكم صادر من المحاكم المختلطة قضت فيه بالتعويض لزوجة يونانية الجنسية أسلم زوجها وتجنس

(١) نقض في ٣٠ يناير ١٩٦٣ طعن رقم ٥٤٢ س ٢٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفني
س ١٤ عدد ١ رقم ٢٤ ص ١٨٩ .

بجنسية أخرى ، وتوصل بذلك إلى إنهاء عقد الزواج الذى تم طبقا لمذهب الكنيسة اليونانية الأرثوذكسية . وجاء فى هذا الحكم أنه «لا يجوز للشخص أن يتدخل بمحض إرادته من عقد تم فى ظروف معينة لها طابع من الاستقرار ، ولا أن يغير هذه الظروف دون أن يعوض من أصابة ضرر من هذا التغير . وعلى ذلك فإذا تعلق الأمر بعقد زواج أبرم طبقا لمذهب الكنيسة اليونانية الأرثوذكسية التى كان يتبعها الزوجان ، فإن الزوج الذى غير ديانتة وجنسيته اليونانية ثم طلق زوجته التى بقيت على جنسيتها اليونانية ، يلزم بتعويض هذه الزوجة التى لا ينبغي أن تترك بدون مورد . ويراعى فى تقدير التعويض ثروة الزوج من جهة ، ومركز الزوجة الاجتماعى من جهة أخرى (١) . ويتضح من هذا الحكم أنه إذا كان قد أقر بتغيير الديانة ورتب عليه أثره ، وهو الاستفادة من الوضع الجديد وإمكان توقيع الطلاق ، إلا أنه يلزم الزوج بالتعويض . ومبنى التعويض فى هذه الحالة أن الزوج قد غير بفعله هو الظروف التى تم فيها العقد توصلًا إلى إنهاته ، وهذا يعد سببًا ضارًا يوجب الحكم عليه بالتعويض . هذا ما قضت به المحاكم فى هذا الصدد (٢) .

ولكن هذا الاتجاه قد وجهه إليه التقدير (٣) . ذلك لأنه إذا سلم للزوج بالحق دعى إقاع الطلاق بناء على الشريعة الجديدة التى انتقل إليها ، فلماذا نعود من جهة أخرى ، ونلزمه بالتعويض ، مع أنه استعمل حقا خوله القانون إياه . فإذا

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونيو ١٩٠٧ ، البتآن س ١٩ ص ٢٨٧

(٢) أنظر ما أشار إليه جيزر خانكي فى بحثه بمجلة المحاماة س ٣٠ وخاصة ص ٨٦٢ فى شأن القضاء بالتعويض ، وأنظر أيضا حكما آخر صادرا من المحاكم المختلطة فى ٢ مايو ١٩٤٦ ، البتآن س ٥٨ ص ١٣٦ .

(٣) أنظر سلبند زكى ، القانون والاقتصاد ، س ٥ ص ٢١٢ ، وأنظر أيضا اهلباسهايل ، المبادئ ص ١١٠ — ١١١ ، فقرة ٦٠ — ٦٣ .

سلت المحكمة بحق الزوج في تغيير ديانته وبالتالي بحقه فيما يترتب على ذلك من آثار من حيث إمكان تطليق زوجته ، فلماذا نحكم عليه بالتعويض بعد ذلك ، أليس في هذا ما ينافي اعترافها بالآثر المترتب على تغيير الديانة ^(١) . هذا هو ما وجه من قد إلى الاتجاه السابق .

ولكن هذا القدر جعل البعض ^(٢) يبحث عن أساس آخر للاستناد إليه في الحكم بالتعويض في حالة تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . وقد رأوا في نصوص القانون المدني الخاصة بالتعسف في استعمال الحق ما يعينهم على ذلك . فقد نصت المادة ٤ على أن استعمال الحق يكون غير مشروع : « (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ... » . واستنادا إلى ما جاء في هذا النص قيل إن الزوجة التي يطلقها زوجها بعد تغيير مذهبه أو دينه ، تستحق التعويض بسبب تعسف في استعمال حقه أو استعماله فقط للإضرار بها . ولذلك قيل إن التعويض قضى به إذا كان التغيير قد تم بقصد الغش والتحايل للتهرب من أحكام الشريعة القديمة والاستفادة من المزايا التي تخولها الشريعة الجديدة . وقد حاول القائلون بهذا الرأي تدعيم رأيهم ؛ فقالوا إن نظرية التعسف في استعمال الحق لها من العموم ما يجعلها تشمل أيضا مسائل الأحوال الشخصية ،

(١) ولهذا حاول البعض البحث عن تلميح آخر لتعويض الزوجة في هذه الحالة (حامد زكي السابق - ص ٢١٤) وقد وجدوا هذا التلميح في الشريعة الإسلامية إذ يقرر الفقهاء وجوب دفع المهر للمرأة المسيجة المطلقة من زوجها الذي أسلم . فإذا أراد الزوج إذن أن يستفيد من المهر التي تفردها الشريعة الإسلامية للأزواج ، فيجب عليه أيضا أن يتحمل بالالتزامات التي تفرضها عليهم .. والمهر في هذه الحالة يقوم مقام التعويض عن الضرر الحاصل للزوجة خلا .. وواضح أن المهر هنا ليس تمويضا وإنما هو أثر مترتب على الاعتداد بالتغيير وتطبيق الشريعة الإسلامية ، فهو بذلك يختلف عن التعويض كما سترى بعد قليل .

(٢) اهـاب اسماعيل : المرجع السابق ، ص ١١٦ وما بعدها فقرة ٢٣ وما بعدها .

واستندوا في ذلك إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني من أن المشرع أحل النص الخاص بقرار نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن هذه النظرية من العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون . . (١) ولما كانت نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية عامة على هذا النحو ، فإن أفضل مجال لتطبيقها - كما قيل - هو الأحوال الشخصية في حالة تغيير الديانة أو المذهب بقصد التهرب من أحكام الشريعة التي كانت تحكم العقد والإضرار بالزوجة بتطبيقها في غير الحالات المباحة في شريعتها وإسقاط نفقة (٢) . فمن الجائز أن تتجه نية الشخص إلى استعمال حقه في تغيير مذهبه أو ملته بدون سبب سوى الرغبة في التخلص من حكم نفقة وتقوية على الزوجة دون أي غرض ، فيكون قد استعمل حقه استعمالا غير مشروع ، لأنه لم يقصد به سوى الإضرار بزوجه ، وبذلك تنطبق الفقرة الأولى من المادة الخامسة ، طالما توافرت لديه نية الإضرار ، حتى ولو أففى استعمال حقه إلى تحصيل منفعة له . (٣) ومن الممكن أن تنطبق الفقرة الثانية - كما قيل - إذا كانت رغبة الزوج في التخلص من النفقة تدفعه إلى تغيير ملته . . وتطبيق زوجته في الحالة التي تظل زوجته مقيدة في طائفها بالزواج الأول ، إذا كانت هذه الطائفة لا يتيح التحلل من الزواج ، فيكون لذلك قد حصل على منفعة قليلة الأهمية ، وهي إسقاط النفقة ، تتناسب مع ما يصبب الزوجة من ضرر من جراء بقائها مقيدة بالزوج الذي غير ديانتها عمداً بنية النش للتخلص من أحكامها .

(١) انظر ما جاء في مذكرة المشرع التمهيدية ، مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني

جزء ١ ص ٢٠٧

(٢) انظر اهاب أساميل : المرجع السابق ، ١١٢ - ١١٤ .

(٣) انظر الأعمال التحضيرية ، جزء ١ ص ٢٠٩ .

هذا هو ما قال به أنصار هذا الرأي . والشرط الهام عندهم للحكم بالتعويض في هذه الحالة هو ثبوت نية الغش والتحايل ، وهذه النية لا يبحث عنها الوصول إلى الاعتداد أو عدم الاعتداد بالتغيير - وهو مالا تقره محكمة النقض - وإنما البحث عن نية الغش لا يكون - كما قيل - إلا عند البحث عن التعويض طبقاً للنظرية التصف (١) .

وإذا كان لهذا الرأي وجهته في أنه يحاول إيجاد سبيل يستند إليه في تعويض الطرف الآخر في علاقته مع من غير ديانته أو مذهبه أو طائفته ، إلا أننا مع ذلك لانضم بالاساس الذي استند إليه في القضاء بالتعويض في هذه الحالة . وأول ما ينبغي أن نلفت النظر إليه في صدد الاستناد إلى نظرية التصف في استعمال الحق ، هو أن حرية تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ليست حقاً (Droit) وإنما هي رخصة (Faculté) ، و الفرق بين الحق والرخصة . فالحق إنما هو استئثار لشخص معين بحماية القانون . هذا الاستئثار يعطى للشخص ميزات يفرد بها دون غيره من الناس ، وهو يفرد بها في مواجهة الآخرين (٢) . أما الرخص أو الحريات العامة - ومنها حرية العقيدة - فإنها ليست كذلك ، فهي حريات كفلتها الدساتير للأفراد ؛ ولا يستأثر بها أحد دون غيره من الناس . فلكل إنسان حرية العقيدة . ولا تناقض بين ما هو مقرر لمن حرية وبين حرية الغير ؛ ولكن الجميع على قدم المساواة ، إذ يعترف بها للناس كافة (٣) .

(١) أنظر : أهاب إسحاق ، السابق ، ص ١١٥ .

(٢) أنظر في تعريف الحق : نظرية الحق للمؤلف ، ط ١ سنة ١٩٦٠ ص ٣٣ وما بعدها .

(٣) فالملكية حق والتلك رخصة ذلك أن القانون كتل لجميع الناس الحرية في أن يتسلخوا طبقاً للقواعد التي قررها في أسباب الملك ، ومن ثم فالتلك رخصة ، فإذا ما كسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق الملكية على الشيء المدين الذي يملكه ، وهي مصلحة يحجبها القانون (أنظر كاستوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ ، ص ٨١٠ فقرة ٥٤٤) .

وإذا ما اتينا إلى أن تغيير العقيدة ليس حتماً محدداً بالمعنى الذى ينصرف إليه تعريف الحق على ما بينا ، وأنه ليس إلا حرية من الحريات العامة ، وبالتالي تملق بالنظام العام ، ثار التساؤل عما إذا كانت ممارسة هذه الحرية تخضع لساواة استعمال الحق ؟

لقد قيل إن التعسف لا يرد إلا على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا يرد عليها التعسف ^(١) . وإذا سلمنا بأن حرية العقيدة رخصة أمكن القول بأنه لا يرد عليها التعسف ^(٢) . ولكن الفقه يرى أن الرجل العادى إذا أتى رخصة

(١) أنظر فى هذا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء ١ ص ٢٠١ فى المباحث (٢) وإذا كان الخلاف قد ثار فى محيط الفتنة بحدود نطاق إعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وقيل فى اتجاه أول بقصر نطاق تطبيقها على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الحريات العامة أو الرخص (وقد أخذ بهذه التفرقة جانب كبير من الفقه فى فرنسا ومصر - أنظر رسالة الدكتور حسن كبره فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، باريس ١٩٥٢ ص ٦٢ - ١٢٢) كما قيل فى اتجاه ثان بأنه لا داعى لهذه التفرقة وبإمكان إعمال هذه النظرية حتى بالنسبة للحريات العامة أو الرخص (أنظر الدكتور اسماعيل فانم فى بحث له بعنوان « تجدد عقد العمل المحدد المدة - تطبيق نظرية التعسف على رفض التعاقد » بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية صدرها أساتذة حقوق عين شمس عدد ٢ السنة الرابعة ١٩٦٢ خاصه رقم ٣٤ وما بعدها ص ٣٨٧ وما بعدها) ، فإن من أنصار هذا الاتجاه الأخير من يرون أنه من الجائز أن يتورع البحث بالنسبة لبعض الحريات كما يتورع بالنسبة لبعض الحقوق المبنية ، حول ما إذا كان من المصلحة إجراء نظرية التعسف عليها ، أم يحسن أن تترك لمحض تقدير من يمارسها ، دون أية رقابة عليها فى استعمالها . فيتصور أن يقال بوجود حريات تقديرية مطلقة على غرار ما يذهب إليه البعض من وجود حقوق معينة تقديرية مطلقة . كما يتصور من باب أولى أن يكون الأصل بالنسبة لبعض الحريات هو عدم إجراء نظرية التعسف عليها ، فلا ينظر بحسب هذا الأصل فى بواعث استعمالها ونحن إذا كنا لا نرى فى حرية تغيير العقيدة إلا حرية من الحريات العامة أو رخصة من الرخص التى تثبت للشخص ويكون له أن يمارسها أولاً يمارسها ، فالتا نرى أنه لا يخضع التعسف بحسب الرأى الأول الذى يرى إقصاء الحريات أو الرخص من الخضوع للتعسف ، كما أنه بحسب الرأى الثانى الذى يرى أنه لا يوجد سبب قبلى لا يباد الحريات أو الرخص من الخضوع للتعسف ، لا نرى مانعاً من القول بدخولها فى نطاق الحريات التى لا تخضع للتعسف فى الأصل ، والى لا ينبغى أن ينظر فى بواعث استعمالها ، خاصة أن عدم النظر فى تلك

فانه يلتزم قدرا من الحيلة والتبصر حتى لا يضر بالغير. وإذا ما انحرف الشخص ، وهو يأتي رخصة من الرخص ، عن السلوك المألوف من الرجل العادى فان هذا الانحراف فى السلوك يستدعى خطأ يرتب مسئولية^(١). إلا أنه فى هذه الحالة يتعين أن يثبت خطأ فى جانب هذا الشخص . وهنا تثار الصعوبة بالنسبة لكيفية إثبات الخطأ فى تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . فكيف ثبت الخطأ فى جانب من غير ديانته أو مذهبه أو طائفته ؟ إن المشرع يعلم بما يترتب على هذا التغيير من آثار ، وهذا يعنى مشروعية سلوك الشخص الذى غير ديانته أو مذهبه . . . ، فكيف نستطيع لأنفسنا الحق فى إثبات أن هذا السلوك خاطئ فى الوقت الذى يعترف فيه المشرع بمشروعيته وبأنه بعيد عن كل قدح . ثم إنه لكى ثبت الخطأ فى جانب من غير ديانته أو مذهبه . . . لا بد أن ثبت أنه تعمد الاضرار ، بالطرف الآخر ، وهذا يقتضى أن ندخل فى نطاق النوايا والدوافع التى دفعت الأفراد إلى التغيير ، وهو أمر لا يقره المشرع الذى يعتمد بالتغيير ويرتب عليه أثره من حيث الاختصاص التشريعى ، طالما أنه تم قبل رفع الدعوى أو بسد رفعها إذا كان إلى الاسلام ، فالمشرع — كما قدمنا — يأخذ فى هذا النطاق بفكرة النظام العام ، ويعطى لمن غير ديانته أو مذهبه أو طائفته أن يستفيد من هذا التغيير ، نظرا لمساسة بحرية

البواعث هو ما يقتضيه القانون (أنظر فى هذا الموضوع أيضا بحثنا لنابون * الطبيعة القانونية للخطية وأساس التمييز فى حالة الدول هنا » رقم ٦ ، ص ٤٦) وما بعدها من البحث . وهو منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية العدد الثالث والرابع عام ١٩٦٢ - ٦١ .

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، ٨١١ .

وإذا كان هذا يصدق بالنسبة لاثبات الرخص بصفة عامة ، فانه قد لا يصدق فى بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة لتغيير العقيدة على ما سنرى فى التالى .

المقيدة ، مع استبعاد فكرة النش والتحايل نحو القانون ، وقطع السبيل إلى إمكان البحث عن النوايا والدوافع التي دفعت إلى التغير ، وما إذا كان قد قصد منه الخلاص من الوضع الأول والاستفادة من الوضع الجديد إضراراً بالطرف الآخر . وإذا كان المشرع يعتد بآثار التغير ، فإن هذا يعني ضرورة تجنب البحث عن النوايا ، وهذا أيضاً ما تراه محكمة النقض ، كما قدمنا ، إذ لا تليح الدخول في النوايا والدوافع ، طالما أن التغير قد تم وأفرغ في الاجراءات المطلوبة (١) .

وإذا ما انتهينا إلى ذلك فإنا نرى أنصار الرأي الذين نحن بصددده يقولون . إن البحث عن النوايا الذي يتمتع علينا القيام به في هذا الصدد هو البحث عن النوايا لكي نعتد أولاً نعتد بالتغير . فهذا هو الذي يتمتع بمجته ، وهذا هو الذي تمنيه محكمة النقض بقولها إنه لا يجوز البحث في العوامل النفسية التي أدت إلى التغير . أما البحث في النوايا والدوافع للوقوف على ما إذا كان التغير قد تم بقصد التحايل والنش أم لم يتم بهذا القصد ، توصلنا بذلك إلى الحكم بالتعويض للطرف الآخر ، فإن هذا لا يتمتع . فإذا ثبت النش حكم بالتعويض .

ويبدو لنا أن هذا التخريج غير مقبول . فمرة لا نعتد بالنش ونرتب على التغير أثره ، وهو ما يترتب دائماً حتى ولو كان هناك نش من حيث الواقع والحقيقة ، ومرة نعتد بالنش ونرتب عليه الحكم بالتعويض . فالبحث عن النوايا :

(١) هذا ما ذهبنا إليه في الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، وهو ما يتبعه إليه الفقه ، أنظر أحمد سلامة الطبعة الثانية ١٩٦٢ رقم ١٥٤ . ويبدو أن البعض قد فهم ما ذهبنا إليه أن التغير يعتبر تصفاً في استعمال الحق ، ما أننا لم نقل بهذا في الاطلاق (أنظر جليل : شرفاوى ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ٤١ هامش ٢) . بل قلنا : لما كانت حرية العقيدة رخصة فإنه لا يرد عليها التصف ، ص ١٩١ من الطبعة الأولى .

والدوافع إلى التغير محرم في حالة ، محال في أخرى . ومعنى ذلك أن طبيعة النوايا والدوافع على التغير تغير بحسب الجانب الذي ننظر اليه ، وهذا غير منطقي وغير مقبول ، فما يمنع البحث في النوايا بقصد معرفة النش والتحايل أى بقصد إظهارها آثمة ، في حالة ، يمنعه أيضاً في الحالة الأخرى . ولو أراد المشرع ذلك لفتح السبيل إلى البحث عن هذه الدوافع ، وخاصة أنه حينما نص في المادة السابعة من القانون ٤٦٢ على الاعتداد بالتغير في بعض الصور ، كان أمامه فقه غني في موضوع تفيير الديانة والمذهب ، تعددت فيه الآراء على النحو السابق بيانه . ولكن المشرع على العكس من ذلك اعتد بالتغير في بعض الصور ، ورتب عليه أثره ، وجعل منه فعلاً مشروعاً ، فلا يصح أن نأثي بعد ذلك ونلحق به وصف الخطأ^(١) .

ومن ذلك نرى أن إمكان الحكم بالتعويض في حالة تفيير الديانة أو المذهب أو الطائفة على اعتبار أن هذا التغير يعد تعسفاً في استعمال الحق ، لا يمكن التسليم به ، ذلك لأن أساس فكرة التعسف في استعمال الحق هو الخطأ ، كما هو الشأن أيضاً بالنسبة للتعويض عن الخطأ في حالة الخروج عن حدود الرخصة ، وإذا ما سلمنا بإمكان الحكم بالتعويض على أساس هذه الفكرة ، فإنا نستطيع لأنفسنا سلطة تقدير بواعث تفيير العقيدة ، وهذا ما يخالف ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، كما أنه لا يتفق مع فصوص التشريع التي تعتمد بالآثار المترتبة على التغير في بعض الصور ، وتنبع تبعاً لذلك التعرض للدوافع أو للبواعث التي

(١) هذا ما ذهبنا إليه في الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، وهو ما وافقنا الفقه عليه / أنظر احمد سلامة ، الطبعة ٢ رقم ١٠٢ . وكذلك جيل الشرفاوى ، السابق ص ٤١ هامش ٢ . ومع ذلك فإن صاحب الرأي الذي نمرض له لا زال مصراً عليه (كتابه : أصول الأحوال الشخصية ١٦٦٢ رقم ١٤٢) ويقول ليس هناك ما يمنع من بحث البواعث على تفيير الديانة عند بحثنا في الانحراف في ممارسة هذه الرخصة « ص ٢٢٠ ، مع أن ما يقول يتعارض مع صراحة أحكام النقض ومع ما يقضى به القانون ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ في المادة السابعة على نحو ما بينا .

حدث بالأفراد إلى التغيير ، مفترضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس استبعادية :
النش والتحايل ، محاولة لمن غير ديانته أو مذهبه - في تلك الصور - الاستفادة من .
وضعه الجديد بعد التغيير .

٦١- حقيقة وضع المسألة بالنسبة إلى الحكم بالتعويض : والواقع أن الفقه

قد ربط في هذا الصدد بين مسألتين ينبغي أن فصل بينهما حتى يمكن توضيح :
الموضوع . ذلك أنه لما كان من ينذر ديانته أو مذهبه أو طائفته كثيراً ما يلجأ إلى .
ذلك للاستفادة من الوضع الجديد ، وبالتالي للتوصل إلى الاضرار بالطرف
الآخر ، قد ربط الفقه بين التغيير والتعسف في استعمال الحقوق التي يخولها الوضع
الجديد بعد التغيير ، حتى أنه يلاحظ أن المثل الذي يضربه دائماً من يعترض على .
التسليم بآثار تغيير الديانة أو المذهب بصورة مطلقة هو حالة تغيير أحد الزوجين
المسيحين ^(١) لديانته أو لمذهبه توصل إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، لكي
يتسنى له أن يطلق زوجته . ولذلك ربط الفقه بين تغيير الديانة أو المذهب في .
ذاته ، وبين ما ينشأ من حقوق جديدة يخولها الوضع الجديد ، مع أنه ينبغي التفرقة
بينهما . وعلى ضوء هذه التفرقة نرى ماذا يكون الحكم .

أما عن الجانب الأول وهو تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة فإنه ليس
هناك من سبيل إلى الحد منه ، إذ المشرع لا يضع قيوداً على حرية الأفراد .
ولكل إنسان أن يعتنق الديانة أو المذهب الذي يروق له ، أو ينتقل من طائفة
إلى أخرى كيفما شاء . ولا جدال في أن المشرع يستد بهذا التغيير ، فلا يحد منه

(١) ولا يتورع الأمر بالنسبة لليهود ، نظر الإمكان الطلاق عندهم ، كما هو الشأن بالنسبة للمسلمين .
مع مراعاة استنزاع الموسوع الفرعي بالنسبة للقوانين (أنظر في شروط الطلاق : شمار الحضرة -
السابق ص ١٢٦ وما بعدها) .

في ذاته ، بل إنه يعتد بما يترتب عليه من آثار في الحسالات التي يعترف فيها بترتيب آثار لهذا التغيير .

ولا يمكن في ظل الوضع الحالي أن تقيّد من حرية الافراد في اعتناق ما يشاؤون من ديانات ، أو في سلوك مذهب معين في فهم تلك الديانات . هذا هو الوضع بالنسبة للجانب الأول من المسألة ، وهو حرية تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . فهذه حرية مطلقة ولا جدال في ذلك ، بل ولا يمكن أن يرد على هذه الحرية أي تصف .

أما عن الجانب الثاني في هذا الموضوع ، فهو ما يترتب على التغيير من آثار . هذه الآثار ينبغي أن يعتد بها في الحسالات التي قرر المشرع فيها ذلك ، أي حالة التغيير قبل رفع الدعوى أو حالة التغيير أثناء سير الدعوى إذا كان إلى الاسلام ، وينبغي أن يعتد بها دون قيود أو حدود ، فتطبق الشريعة الجديدة بكامل قواعدها متى تم التغيير في الصورة المطلوبة . فإذا كانت الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق ^(١) ، كان ان غير دياناته أن يستفيد من كل أحكامها ، دون قيد ، لان المشرع قد اعتد بذلك وأقره .

وفي الحالة التي يتم فيها التغيير إلى الاسلام ^(٢) ، وهو الفرض الذي يستند

(١) أما إذا لم يكن من شأن التغيير أن يؤدي إلى تطبيق الشريعة الاسلامية ، بل كان يؤدي إلى تطبيق الشريعة الخاصة ، بأن كان الطرفان مختلفين فأتحد مثلا ، فليس هناك مجال للتضرر . (انظر أحمد سلاّمه ، ط ٢ السابق رقم ١٥٨ ص ٣٢٨) .

(٢) أما في جميع الحالات الأخرى التي يتم فيها التغيير ، بحيث تكون الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق ، كما هو الشأن في حالة تغيير أحد الطرفين للمثله أو طائفته بصورة تنفي الاختصاص من شريعتها الخاصة ، فإن الحكم الذي سنقوله في المتن لن يختلف في الأصل ، مع مراعاة ما هنا لك من أحكام خاصة بغير المسلمين عند إعمال أحكام الشريعة الاسلامية في شأنهم من حيث مراعاة حكم المادة ٩٩ فقرة الأخيرة من لائحة ترتيب الحاكم الشريعة ، ومن حيث عدم إمكان إيقاع غير المسلم بالطلاق يبينه ، بصفة مطلقة على نحو ما ترى فيما بعد . والواقع أن الفرض نرض له هو ما يمرض من الناحية العملية .

إليه الفقه ، كما قدمنا ، لبيان ما يترتب على تغيير الديانة من اساءات ، بالتجاء الزوج الذى أسلم الى طلاق زوجته ، ينبغى أن يعطى من غير دياته واعتق الاسلام ، يعطى من الحقوق ما لا يقل عما يقرره القانون لغيره من المسلمين الذين تنطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية ، ومن بين هذه الحقوق حق الزوج فى إيقاع الطلاق . وإذا ما انتقلنا الى نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية ومدى ما تعطيه للأفراد من حق فى إيقاع الطلاق ، فإننا نجد الخلاف يثور حول هذا الحق ، ومدى تقييده . وهنا توجد حقيقة المشكلة ، وهل يمكن أن يرد التعسف على حق الزوج فى إيقاع الطلاق أولا يرد ، وليست المشكلة فى أن يرد التعسف على مدى حرية الشخص فى تغيير دياته أو مذهبه .

وإذا ما وقفنا لدى الحق فى إيقاع الطلاق الذى ينشأ للزوج فى ظل الوضع الجديد بعد تغيير دياته ، تعين علينا أن نبين ما هو حكم الفقه والقضاء فى شأنه . وبالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، نرى أنها تبيح الطلاق ؛ ولهذا يتعين أن يكون لمن اعتنق الاسلام هذا الحق أيضاً . ولكن اذا كانت الشريعة الاسلامية تبيح الطلاق فإنها تعتبره « أبغض المباحات الى الله » .

وهذا مادعا الفقهاء إلى تقييد هذا الحق بأن يكون استعماله متجهاً إلى الحكمة التى شرع من أجلها ، وهى الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله ، بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح ، ويتقلب مضرة . كما قيد الفقهاء هذا الحق كذلك بالألا يكون بطريقة فى ذاتها مسببة لضرر يلحق بالملقة ، فوق ما يصيبها من حل رابطة الزوجية . فالطلاق إذن ترد عليه القيود كغيره من الحقوق الأخرى فى الشريعة الاسلامية ^(١) .

(١) أنظر فى هذا رسالة الدكتور السيد مصطفى السيد : « مدى استعمال حقوق =

وإذا ما أردنا أن نعرف اتجاه المحاكم في هذا الصدد ، أمكننا أن نفرق بين اتجاهين : فمن المحاكم ما يقرر أن حق إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم ، يستعمله كيف شاء ولا يلزم بأية تعويضات مالية للزوجة ، طالما أنها قد أخذت مؤخر صداقها وفققة عدتها التي تقدر بحسب الحالة المالية للمطلق . بل إن المحاكم في هذا الاتجاه الأول ترى أن هذا الحق مقرر ، حتى ولو كان بلا سبب . فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون فعله مبقوضاً عند الله ، كمن يرتكب معصية دينية . ورفض هذا الفريق من المحاكم القضاء للزوجة بالتعويض عن الطلاق استناداً إلى أحكام المسؤولية في القانون المدني . لأن القانون الخاص الذي يخضع له الزوجان ، وهو الشريعة الإسلامية ، قد حدد التعويض الذي تستحقه الزوجة في حالة الطلاق بنفقة العدة ومؤخر الصداق . ويضيف القضاء إلى ذلك أن الأخذ بهذا قديكون فيه إخراج عظيم للأزواج وإلزامهم معاشرة من لا يطبقون معاشرتها من النساء لعيوب نفسية أو خلقية ، وفي ذلك من نكسد العيش ما لا ينبغي . هذا هو الاتجاه الأول الذي اتجهت إليه أحكام بعض المحاكم ^(١) .

= الزوجة وما تنتقده في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث « القاهرة ١٩٣٦ » ص ٢٢٩ وما بعدها . وانظر كذلك الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٦ رقم ٣٣٨ وما بعدها ، وما استدل به في هذا الشأن . وكذلك : الأستاذ عمر عداة : أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، الطبعة سنة ١٩٥٦ ، ص ٢٨٦ — ٢٨٨ ، وكذلك ص ٢٩٢ — ٢٩٣ ، الأستاذ بدران أبو العنين بدران : الزواج والطلاق في الإسلام ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ ، ص ١٨٩ وما بعدها . والطبعة الثانية ، ١٩٦١ خاصة رقم ٢٣٨ ص ٢١٦ وكذلك رقم ٢٢٦ ص ٢١٤ وما أوردها في هذا الخصوص .

(١) أنظر في هذا : محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ يونيو ١٩٢٢ ، البتآن ص ٣٤ ص ٤٨٦ والجزايت ص ١٣ رقم ٩٩ ص ٥٥ ، محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ص ١٧ رقم ٥٨ ص ٩١٩ ، استئناف مصر في ١٨ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ص ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٢ ، والمحاماة ص ٨ رقم ٣٢٥ ص ٤٩٧ ، محكمة مصر الابتدائية الأهلية في ٩ نوفمبر ١٩٣١ ، المحاماة ص ١٥ القسم الثاني رقم ١٢٧ ص ٢٥٦ .

وهناك فريق آخر من المحاكم يتجه وجهة أخرى ، ويرى أن الطلاق ممنوع لا يباح إلا إذا تحققت الحاجة إليه ، فهو مقيد . وإذا ما أوقع الزوج الطلاق في غير الحالات التي يكون فيها للطلاق سبب ، وبغير أن يلجئ إلى وسائل التوفيق ، وأوقع الضرر بمطلقة في سمعتها وفي مستقبلها ^(١) ، يكون قد أساء استعمال الحق ، ويلزم بالتعويض . والتعويض الذي تستحقه الزوجة في هذه الحالة لا يتعارض مع نفقة العدة ومؤخر الصداق لاختلاف أسباب كل منها ^(٢) .

هذا هو موقف المحاكم في صدد استعمال الزوج لحقه في إيقاع الطلاق . ويدعو أن الاتجاه الآن يسير نحو تقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق والحكم عليه بالتعويض إذا تبين أنه أساء استعمال هذا الحق ، وخاصة أن هذا هو ما يتفق والرأي الراجح في الشريعة الإسلامية . إذ طبقا لهذا الرأي يجب تقييد حق الطلاق ، كما قدمنا ، باعتباره من أبغض المباحات إلى الله . وكثير من الفقهاء يرون أن الأصل في الطلاق الحظر ، ولا يباح إلا الحاجة ، بحيث إذا انتفت هذه الحاجة بقي على أصله من الحظر ^(٣) .

(١) وكانت الزوجة مدعوة تركت حملها بسبب الزواج .

(٢) محكمة شينالكوم الأهلية الكلية في ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة س ١١ رقم ٢٧٧ ص ٥٤٠ ، مصر الكلية في ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ ، مصر الأهلية في ٢٠ يناير ١٩٣٦ ، المجموعة الرسمية س ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ والمحاماة س ٦ رقم ٢٥٥ ص ٣٣٣ .

والظاهر أن المحاكم تتجه حديثا إلى الأخذ بهذه الوجهة الأخيرة .

(٣) أنظر الفقهاء الذين أشار إليهم الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق رقم ٢٣٩ - ٣٤١ وكذلك يدuran أبو السنين يدuran ، السابق ، ص ٢١٧ رقم ٢٢٨ . وقد رجح هذان الفقهاء ضرورة أن يكون للطلاق سبب . وانظر كذلك : السيد مصطفى السيد ، السابق ص ٢٥١-٢٥٣ . حسن كيرة : أصول القانون ط ٢ رقم ١٤٤ والمراجع التي أشار إليها . في هذا الصدد .

ولهذا تجب الرقابة على استعمال حق الطلاق ، فلا يكون إلا لأسباب جدية مشروعة . وهذا ما أبدته محكمة النقض عندنا بطريقة غير مباشرة حيث قررت مبدأ صحة تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، وعدم مخالفة مثل هذا التعهد لأحكام الشريعة الإسلامية ولا لقواعد النظام العام ، وإن كانت المحكمة قد قررت أن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أته هي ، اضطره إلى ذلك^(١) .

ولعل مما يزيد في تأييد هذا الاتجاه في ظل القانون الوضعي عندنا ، هو ما أخذ به المشرع من وضع نظرية عامة في التعسف في استعمال الحق . وإذا كان القضاء قد تميز من التوسع في أعمال هذه النظرية في ظل القانون السابق ، أمام خلوه من نظرية تعالج التعسف في استعمال الحق ، كما قيل^(٢) ، فانه لاداعي لهذا التردد الآن بعد أن أخذ بهذه النظرية وعمت ، فلم تعد قاصرة على بعض الحقوق دون البعض الآخر .

وهذا ما اتجه إليه القضاء الحديث . فقد استلزم أن يكون للطلاق سبب ، وإذا حصل بغير ذلك كان حراما . حقا إنه يترتب على الطلاق آثاره ، من حيث إنهاؤه الرابطة الزوجية ، إلا أن الشريعة لا تمنع « إلزام الزوج الخارج في طلاقه على حكمها من تعويض مطلقة عن الأضرار التي أحدثها بها طلاقه الحرام ، وخاصة إذا كان الرجل لا يقصد من ذلك سوى الكيد والنكابة . . . ومن حيث أن

(١) أنظر حكم النقض في ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ملن رقم ٦٧ س ٩ ق مجموعة عمر جزء ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥ .
وانظر في التاليف على هذا الحكم . الدكتور سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد .
س ١٣ ص ٣٥٤ وما بعدها .
(٢) حسن كبرة ، المرجع السابق رقم ٤١٤ خاصة ص ١١٥٥ .

الطلاق في الواقع، شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء، فان تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع، قضى بالتعويض طبقاً للسادتين ٤ و ٥ من القانون المدني ..»^(١).

وإذا ما اتجئنا إلى إقرار مثل هذا الوضع، فان جزاء التعسف ينحصر في التعويض التقدي للمطلقة، إذ لا يمكن إجبار الزوج على معاشرة زوجة لا يرغب في معاشرتها^(٢).

وهذا هو ما ينبغي الوقوف لديه، فحق الزوج في إيقاع الطلاق، قد يعتبر تعسفاً يبيح الحكم بالتعويض على الزوج، وهو بعد آثراً من آثار تطبيق الشريعة الإسلامية بالنسبة لمن غير ديارته. وهذه مسألة ينبغي النظر إليها بصفة مستقلة عن حرية الأفراد في تغيير الديانة أو المذهب^(٣).

والواقع أنه إذا كان للأفراد حرية كاملة في تغيير الديانة أو المذهب، مما يخول لهم من الحقوق ما لم يكن لهم في ظل الوضع الأول، ومما قد يؤدي بدوره إلى التلاعب بالأديان والفرار من دين إلى آخر بقصد الحصول على مزايا في الدين

(١) محكمة استئناف القاهرة في ٢٢ فبراير ١٩٥٨ الحاماة ٢٩ رقم ٢٣٦ ص ١٠٠٧ وانظر حكماً آخر من المحكمة نفسها في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٦ الحاماة ٣٨ رقم ٣١٢ ص ٥٨٨
(٢) حسن كيرة، السابق، ص ١١٥٦.

هذا ويراهي أنه لا يصح القول بأن نفقة العدة ومؤخر الصداق يكفيان كتعويض قدره القانون، لأن الصداق من أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية تستحقه الزوجة بالتقدم وتأكيد حقها فيه بالدخول، ولا يهم ما إذا كان مؤجلاً أو معجلاً، والمؤجل منه دين للزوجة على الزوج. أما النفقة فقد فرضت للزوجة نظير احتباس الزوجة في أثناء قيام الزوجية وبعد الطلاق حتى تنتهي العدة (أنظر أيضاً، السيد مصطفى، ص ٢٥٢).

(٣) هذا ما ذهبنا إليه من قبل في الطبعة الأولى من هذا الكتاب، وهو ما أيده الفقه. الغالب: أنظر: أحمد سلامة، السابق ط ٢ رقم ١٥٢ ص ٣٢٣ وما بعدها. سيد الودود يحيى: السابق رقم ٤٧ ص ٧٠ وما بعدها.

الجديد ، فإن السر في كل هذا ، وفي تشجيع الأفراد على التلاعب بالأديان ، هو الوضع القائم في النظام القانوني المصري من حيث تعدد القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية . فاختلاف القواعد يؤدي إلى محاولة التخلص من بعضها للاستفادة من البعض الآخر . والسبيل إلى ذلك هو التهرب عن طريق تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . وإذا كان تغيير الديانة أو المذهب في بعض الأحيان يتم عن عقيدة وإيمان ، فهو في البعض الآخر لا يكون كذلك . ومع هذا فإنه لا يباح البحث عن حقيقة البواعث إلى هذا التغيير ^(١) .

٦٢ - تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة بين دعوين :

وأينما فيما سبق أن المشرع يمتد في بعض الصور بالتغيير الذي يطرأ بعد نشوء العلاقة ، ولا يعتد به في صور أخرى ، والتغيير الذي لا يعتد به المشرع كما رأينا - هو التغيير الذي يتم أثناء سير الدعوى إلى غير الإسلام . وإذا كان المشرع لا يعتد بهذا النوع من التغيير من حيث ترتيب آثاره في تغيير الاختصاص التشريعي ، أي أن الشريعة التي تحكم العلاقة عند رفع الدعوى تظل تحكمها حتى الفصل فيها ، إلا أنه ليس معنى ذلك أن مثل هذا التغيير لا يعتد به في ذاته . فمثل هذا التغيير إذا كان لا يرتب أثره في الدعوى التي تم أثناء السير فيها ، إلا أنه

(١) أنظر أجا ، حامد زكي : القانون والاقتصاد ص ٤١٨ - ٢١٩
وإزاء ما قد يترتب على تغيير الديانة أو المذهب من آثار ، فقد يسكون من الأوفق أن يضع المشرع عقبات ، لا تحول في ذاتها بين الأفراد وتغيير دياناتهم أو مذاهبهم ، حتى لا تنفد في سبيل الراغبين عن صدق في اعتناق الدين الجديد ... ، ولكنها تكون عقبات من شأنها قطع السبيل إلى المتلاعبين ، طالما ظل الوضع الحالي قائماً من حيث تعدد قواعد الأحوال الشخصية بين المصريين على اختلاف دياناتهم ومذاهبهم . ولهذا يرى البعض أنه يحسن في هذا الصدد أن ينص على إتاحة الفرصة لكل من له اعتراض على التغيير ليبدى اعتراضه ، وأن ينص على عدم السماح بالتغيير إلا بعد فترة سنة مثلاً من تاريخ تقديم طلب التغيير ، حتى يفوت على الشخصى سى . قصده ، إن كان يرى إلى تحليل من أحكام ديانته القديمة (أهاب اسماعيل ، السابق ، ص ١٠٥٢ ، رقم ١٠٥٢) .

يرتب أثره في أية دعوى أخرى ترفع بعد ذلك ، أى بعد الفصل نهائيا في الدعوى التي تم التغيير خلالها . على أساس أن المشرع عندنا قد وقف لدى مرحلة رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كان المتنازعون من غير المسلمين متحدين في الطائفة والملة ، أم ليسوا كذلك .

ولكن قد يحدث أن يتم التغيير بين دعوتين ترتبطان ارتباطا وثيقا ، كنزاع بين زوجين ، ومن المعلوم أن مثل هذا النزاع تعدد موضوعاته . فقد ترفع الزوجة على زوجها دعوى تطالبه فيها بنفقة مثلا ، فإذا ما حكم لها بالنفقة ، بادر الزوج إلى تغيير طائفته أو مذهبه أو ديانته ، ثم يرفع على زوجته دعوى يطلب فيها تطلقها وإسقاط نفقتها ، فإذا يكون الحكم ؟

قد يقال في هذه الحالة إن هاتين الدعوتين ترتبطان ارتباطا وثيقا ، وأنها متصلان بنزاع واحد هو النزاع الزوجي ، وطالما أن التغيير قد تم خلال النزاع ، فإنه يعتبر قد تم أثناء سير الدعوى وبالتالي لا يعتد به إذا كان إلى غير الاسلام . ويظل النزاع محكوما بالشرعية التي كانت تحكمه منذ البداية عند رفع النزاع لأول مرة إلى القضاء . فوجهة نظر هذا الرأي إذا تقوم على أن التغيير أثناء النزاع بين الزوجين . ويعين على الأخذ بهذا الرأي كذلك أن التغيير في مثل هذه الفروض غالبا ما يتم بقصد الكيد ، لأن الزوج يرى نفسه ، وقد حكم عليه لصالح زوجته فيكيد لها بالتهريب من الشرعية التي كانت تحكم علاقتها .

ولكن الواقع أن التغيير إذا تم بعد الفصل نهائيا في الدعوى الأولى - ومن باب أولى - إذا تم أثناء السير فيها تعين الاعتداد به في الدعوى الجديدة ، حتى ولو كان إلى غير الاسلام ، ذلك لأن المشرع في المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يتكلم عن التغيير « أثناء سير الدعوى » ولم يتكلم عن التغيير « أثناء سير النزاع » ، ولو أنه أراد هذا الفرض الأخير لغير من صياغة المادة وعالج

التفسير الذى يتم أثناء سير النزاع أو أثناء قيام النزاع^(١)، ولكنه لم يفعل ولا يبدو أنه قد اتجه إلى ذلك . ولهذا ينبغي أن تصرف عبارته الى مدلولها الحقيقى ، فينظر إلى التغير الذى يتم أثناء سير الدعوى فقط ، أى من الوقت الذى تعتبر فيه الدعوى مرفوعة إلى القضاء - طبقا لما يقضى به قانون المرافعات - حتى صدور حكم فيها . ومن ناحية أخرى فإن المشرع لم يدخل فى اعتباره التغير الذى يتم بقصد الغش والكييد للطرف الآخر ، بل إنه حتى لو ثبت أن التغير بين دعويين كان المقصود به الكيد ، فإنه يمتد به ولا يبحث عن الدوافع التى أدت إليه . وأخيرا فإن الاعتداد بالتغير فى هذه الحالة ، يتماشى مع الرغبة فى توحيد قواعد الاحوال الشخصية ، لأن من شأنه أن يؤدي فى الغالب من الحالات إلى تطبيق الشريعة العامة - وهى الشريعة الاسلامية^(٢) و^(٣) .

(١) أنظر إهاب اساميل : المرجع السابق ، فقرة ٥٩ ، ص ١٠٩ ، وكتابه فى أصول الأحوال الشخصية ، السابق ١٩٦٢ رقم ١٢٥ ص ٢٠٨ .
(٢) أنظر كذلك : حامد زكى ، القانون والاقتصاد ص ٥ ، ص ٣٠٧ ، وأنظر كذلك ما جاء فى حكم محكمة مصر الكلية فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ ، والمنشور ضمن حكم النقض فى جلسة ٢٤ يناير ١٩٣٥ ، رقم ٢٢٤ مجموعة عمر جزء أول وخاصة ص ٥٧٥ و ص ٥٧٧ وكذلك ص ٥٨٠ - ٥٨١ .

(٣) وهذا النظر هو ما كان مسلما به فى الفقه ، ومع ذلك فقد عدل الدكتور أحمد سلامة عنه وقرر أن التغير إذا كان بين دهيين مرتبطتين يعتبر أنه تم أثناء سير الدعوى ، ومن ثم لا يمتد به كذلك (متى كان إلى غير الاسلام طبا) على أساس أن هذا يجد من نتائج وقوف المشرع لدى مرحلة رفع الدعوى كفاصل بين تغيير وتغيير ، وأن الدعوى الثانية ما هى إلا تسكة للاول (أنظر ما قاله فى هذا الصدد رقم ١٢٠) ، ولكننا لا نتفق معه فى نظره ، لأنه إذا كان المشرع يقر التغيير خارج الدعوى فلا يمكننا أن نقيده من ذلك بحجة معاوية رخصة تغيير النفيدة ، وهو ما يقره الزميل فى موضع آخر (أنظر رقم ١٤٦ وما بعده من مؤلفه ط ٢) . والقول بأن الدعوى المرتبطة باخرى تمد امتدادا لها لا يتفق مع الحقيقة إذ أن لكل منهما وضع مستقل تميز به عن الأخرى . حقا إن الدعوى الثانية قد تكون بمناسبة الأولى لكنها لا تمد امتدادا لها . ولا يمكن القول بأن الدعوى التى يطلب فيها التطبيق مثلا تمد امتداد الدعوى إلى حكم فيها بالنفقة على الزوج ، أو أنها امتداد لدعوى فصل فيها نهائيا =

٦٣ - اثبات انعاد الطائفة والملة والديانة واثبات تغييرها :

رأينا فيما سبق أن تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة قد يرتب آثاراً أو معينة من حيث تعديل الاختصاص التشريعي ، وإذا كان للتغيير آثاره على هذا النحو فانه يمين إثباته بطريقة لا تقبل الشك . فلا يكفي قول الشخص بأنه غير ديانتة . أو مذهبه ، بل يجب أن يثبت ذلك بطريقة رسمية ، كمحضر إداري أو إشهاد شرعي أمام الجهة المختصة ^(١) . فإذا لم يثبت تغيير الدين على نحو لا يحتمل الرب . اعتبر الدين القديم باقياً ^(٢) . ولهذا إذا ما قررت المحكمة أن التغيير لا يتوافر له

يرفض التطبيق . إ. الدعوى عدد ١٤١٠ متبوعاً متى صدر فيها حكم نهائي ، ولا تعد متبوعة بحدود حكم في دعوى أخرى مرتبطة بها . وعلى هذا لا نقر القول بأن الدعويين المرتبطين بعدان بمثابة دعوى واحدة ، مهما كانت قوة ارتباطها ، ومهما كان النافع إلى ذلك . والقول بأن هذا يحذر من استعمال رخصة حرية العقيدة لا سند له من القانون .

وهذا بطبيعة الحال خلافاً للتغيير الذي يتم بين الحكم الابتدائي والاستئناف إذ يعتبر الاستئناف امتداداً لدعوى الأولى أمام درجة أعلى ، فيطرح النزاع برئته أمام محكمة الاستئناف مع أسانيد القانونية وادعائه الواقعية لتتولى المحكمة الاستئنافية تصحيح كل ما يشوب الحكم الابتدائي من أخطاء في تحقيق الوقائع أو في تطبيق القانون ، فتلغي الحكم الابتدائي وتنقض في الدعوى بحكم جديد (الدكتور عبد المنعم الشرفاوي : الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥١ رقم ٤٠٩ ص ٤٧٨ ، وأنظر كذلك : أبو الوفاء المرافعات ط ٤ ، السابق رقم ١٧٥ وما بعده ، ص ٧٦٤ وما بعدها) .

(١) ولهذا حكم بأنه لا يصح أن يؤسس الحكم على شهادات من راعي الكنيسة ، إذ أنه ليس موظفاً مختصاً بإصدار هذه الشهادات ، لا من قبل الحكومة ، ولا من قبل الجهة الدينية . ولا بد لاثبات اتباع شخص لمذهب معين أن تكون الشهادة الخاصة بذلك من (بطريركية) القاهرة الابتدائية في جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٥٦ رقم ٨٥٦ ص ٥٦ ، ص ١٤٦ حتى جزء ٢ رقم ٢٩٦ ص ٢٢٦) .

(٢) عبد المنعم رياض : المرجع السابق ، ص ١٧٩ وانظر المراجع المشار إليها في هامش الصفحة المذكورة . وانظر في اكتساب الدين بالتبنيص ١٧٦ فقرة ٩٤٦ من نفس المؤلف . وحامد زكي : أصول القانون الدولي الخاص المصري ، الطبعة ٤ سنة ١٩٤٦ ، فقرة ٢٩٦ ص ٣٧٥

له الشروط اللازمة لقيامه، كان عليها أن فصل في النزاع على أساس أن الشخص لازال على ملته السابقة . وقرر محكمة النقض في هذا الصدد أنه متى اتخذت المظاهر الخارجية الرسمية لتغيير الديانة أو المذهب، فإن التغيير ينتج أثره ^(١) .
ويبدو من استعراض الأحكام أنها لم تقيد بطرق خاصة في هذا الشأن ، فهي تبحث عن شرط وجود اتحاد الأفراد في الطائفة والملة أو اختلافهم على أثر تغيير أديانهم أو مذاهبهم . تبحث عن ذلك مستعينة بطرق شتى . والمهم هو أن يثبت للمحكمة بطريقة قاطعة أن الأفراد متحدون في الطائفة والملة والديانة، أو أنهم مختلفون فيها .

ومتى دلت الظروف على وجه قاطع أن الشخص ينتسب إلى طائفة من الطوائف ، فلا يستدعي بما يدعيه بعد ذلك من انتحاله إلى طائفته أخرى ^(٢) .

-
- (١) نقض في ٤ ديسمبر ١٩٣٦ ملين رقم ١٠٥ س ٥ ق مجموعة أحكام للنقض في ٢٥ طما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ .
(٢) فمضى كان الثابت أن الوالد قدم طلباً لانضمامه إلى كنيسة الروم الكاثوليك هو وزوجته وابنته ، وقبل انضمامه لهذه الطائفة ، وتم عماد ابنته وتبنيها حسب طقوس هذه الكنيسة . ولما تزوجت ابنته من شخص ينتمي إلى نفس الطائفة نص في عقد الزواج كذلك على أنها من طائفة الروم الكاثوليك ، ولما أنجبت هذه الابنة بعد زواجها ولداً تم عماده أيضاً حسب طقوس الكنيسة المذكورة ، كما نص في الشهادة الصادرة من كنيسة الروم الكاثوليك أن الابنة وزوجها من أبناء هذه الطائفة ، وكانت هذه الابنة قد افتتحت النزاع بأن التجأت إلى المحكمة الكنسية للروم الكاثوليك تطلب تقرير نفقة لها على زوجها .. كل هذا يدل على أن هذه الابنة تنتمي إلى طائفة الروم الكاثوليك ، وأنها بالأقل قد أغرت بعد أن جاوزت سن الرشد بتبنيها لمذهب الروم الكاثوليك الذي سبق أن اعتنقه والداه .. ولذلك لا يمكن للابنة في هذه الحالة أن تثبت اختلافها في طائفة والدها مع زوجها بالاستناد إلى أنها من طائفة الانجيليين التي سبق أن عقد والداهما زواجهما أمام كنيستهما ، ذلك لأنه إذا كان زواج والديها قد تم أمام الكنيسة الانجيلية ، وكان الوالد من طائفة الأرمن الكاثوليك والأم ماريونية ، إلا أنها انتسبت بعد ذلك إلى طائفة الروم الكاثوليك على النحو السابق . وأن ابنتها ، والتي تزوجت في ظل كنيسة الروم الكاثوليك ، بقيت على ولائها لهذه الكنيسة حتى بعد بلوغها .

ونتيجة القضاء في إثباته لاتحاد الطائفة والملة والديانة إلى أنه يكفي أن يسلم الطرفان باتحادهما في الطائفة والملة ، ويكفي أن يسلسا بذلك طيلة إجراءات التقاضي ، ولا يصح إثارة الخلاف لأول مرة أمام محكمة "خض" (١) .

هذا وقد تمتد المحاكم كذلك بما ثبت في عقد الزواج من اتحاد الطائفة والملة للطرفين ، حتى ولو كان أحد الزوجين قد عمد على مذهب آخر (٢) .

ويكفي أن يرتضى الشخص أحكام طائفة معينة حتى يمتد بقبوله الخضوع لأحكام هذه الطائفة . وقد يقوم بتوقيع محضر مثلاً يعلن فيه انضمامه إلى طائفة

= أنظر نقض في ٢٢ من مايو ١٩٥٤ . ملحق رقم ٣ لسنة ٢٢ ق ، تنازع اختصاص ، مجموعة المكتب الفني س ٥ العدد الثالث ص ٧٠١ ؛ ومجموعة القواعد التي قررتها المحكمة في ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٦٠ قاعدة ١٥٥ .

(١) أنظر نقض في ٢٦ يونيو ١٩٥٦ رقم ١ لسنة ٢٥ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٧ العدد الثاني ص ٤٧٧ والمطاماة س ٢٧ رقم ٢٩٦ ص ٥٥٠ ؛ وكذلك نقض في نفس التاريخ السابق ونفس المجموعة طلب رقم ٦ س ٢٥ ق ، ص ٤٨٢ والمطاماة س ٢٧ رقم ٢٩٧ ص ٥٥٤ .

وقد جاء في هذا الحكم الأخير أنه « متى كان بين من الإطلاع على الحكم الصادر من المجلس إلى العام للأقباط الأرثوذكس أن الدعوى رفعت باعتبار طرق الخصومة فيها من طائفة الأقباط الأرثوذكس ، وسلم الطرفان طيلة مراحل التقاضي أمام المجلس إلى بالوحدة الطائفية ، واستمر المدعى عليه لا يدعي غير ذلك حتى صدر الحكم النهائي من المجلس إلى العام ، فإن ادعاءه لأول مرة أمام محكمة النقض أنه من أتباع المذهب الانجيلي لا يبعد شيئا .. »

(٢) وقد قضى أنه إذا كان الثابت بعقد الزواج أن الزوجين من اللاتين ، وقدم الزوج شهادة تتضمن أنه عمد قبل ذلك على مذهب الروم الأرثوذكس ، فإن هذا لا يبرهن الأمر ، ولا يقبل الدفع بعدم الاختصاص الذي يقوم على اختلاف الملة ، ثم إنه على فرض أن الزوج قد ظل على المذهب الذي عمد على أساسه ، فلا يوجد ما يمنع قانونا أو شرعا من أن يجمع الشخص بين مذهبين في وقت واحد .

الحكمة الاسكندرية الجزئية للاحوال الشخصية لنهر المسلمين في ١٦ أبريل ١٩٥٦ قضية رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٦ غير منشور .

سمعية وخضوعه لقوانين أحوال الشخصية^(١).

ولكن إقرار الشخص بانضمامه إلى إحدى الطوائف الدينية على النحو السابق ، مرتبط بالولاية على النفس دون الولاية على المال ، فلا يشترط لصحة الاقرار أن يكون المقر قد بلغ ٢١ سنة ميلادية وهي سن الرشد القانوني اللازم لصحة التصرفات المالية ، بل يكفي بلوغ السن التي تزول فيها الولاية على النفس . وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة مثلاً قد أقرت بالانضمام إلى طائفة الزوج بعد أن تجاوزت السن التي تزول فيها الولاية على النفس وأصبحت تملك مباشرة زواجها

(١) وقد قضى أنه إذا كان الزواج قد انعقد بين الزوجين بعمرة أحد قساوسة السريان الكاثوليك وفقاً لطقوس هذه الطائفة ، وجاء بالقد أن الزوجة قبلت اتباع زوجها في طائفته وأحواله الشخصية . فإذا أقام المحكم قضاءه على أن المجلس المني لطائفة السريان الكاثوليك هو وحده صاحب الولاية . ينظر ما يتشأ بين الزوجين من منازعات بشأن الزواج الذي ارتضت فيه الطائفة أحكام هذه الطائفة ، حتى ولو لم تكن أصلاً من أبنائها ، فليس في هذا التقرير مخالفة لقانون أو تناقض يبطله (نقض ١٩ فيراير ١٩٥٣ طعن رقم ٢٤ سنة ٢١ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤ العدد الثاني ، رقم ٧٥ ص ٥١١) وكذلك مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٣٦ قاعدة رقم ١٩) .

وانظر حكماً آخر في ٢٩ نوفمبر ١٩٥٤ طعن رقم ٥ ص ٢٥ ق «تنازع الاختصاص» ، مجموعة المكتب الفني س ٦ العدد الأول ص ١٣ ومجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٦٠ قاعدة رقم ١٥٦ . وقد جاء في هذا الحكم أنه «متى كانت الزوجة وهي مارونية أصلاً قد انضمت قبل زواجها إلى طائفة الروم الكاثوليك التي ينتمي إليها زوجها وعند زواجها في كنيسة الروم الكاثوليك التي انتمت إليها ، وتم عماد أولادها حسب طقوس هذه الكنيسة، فإن المجلس المني لطائفة الروم الكاثوليك يكون هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين هذين الزوجين . ولا يؤثر على هذا الاختصاص استصدار الزوجة شهادة من الكنيسة القبطية الأرثوذكسية تعيد انتسابها إلى هذه الطائفة متى كانت قد ظلت حتى بعد نشوب الخلاف بينها وبين زوجها تحتين نفسها من طائفة الكاثوليك والتجأت فعلاً إلى مجلس ملى الأقباط الكاثوليك ، ورفضت دعواها أمامه بطلب الحضنة والنفقة ، وكانت الشهادة المذكورة تنقض التاب بالأوراق من انتسابها إلى طائفة زوجها ، ولا يبين منها متى وكيف انتمت إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس ، وهل كان هذا الانتساب سابقاً على زواجها أم لاحقاً له .

بنفسها . فإن الطعن على هذا الاقرار بالبطلان لعدم بلوغها سن الحادية والعشرين .
ميلادية وقت صدوره منها يكون في غير محله ^(١) .

هذا ، ويبدو لنا أن المحاكم لاتعتمد بالجبهة الى عمد فيها الشخص في إثبات .
ملته أو طائفته ؛ فجرد العاد أمام كنيسة من الكنائس لا يكفي للقول
بأن الشخص قد غير مذهبه أو طائفته واتى إلى الطائفة التي تتبعها
هذه الكنيسة ^(٢) .

وإذا كانت المحاكم لاتعتمد بجبهة العاد في إثبات تغيير الطائفة أو المذهب .

(١) أنظر حكم النقض في ٢٩ نوفمبر ١٩٥٤ المشار إليه في الخامس السابق .
ويرامى في هذا الصدد أن مذهب الآباء الديني هو مذهب الأبناء ، وإذا ما أريد إثبات
خلاف ذلك فلا بد من تقديم دليل قوي لا شبهة فيه (القاهرة الابتدائية جلسة ٢٦ ديسمبر
١٩٥٦ صالح حتى جزء ٢ رقم ٢٩٦ ص ٢٣٥) . وانظر في علاقة المسلم بغير المسلم
بالنسبة لتبعية الأولاد: الأستاذ بدران أبو الربيع بدران ؛ العلامات الخاصة بين المسلمين وغير
المسلمين ، ص ١٥٤ - ١٥٨ . وقد بين المؤلف اختلاف الآراء في هذا الصدد وأن جمهور
الأئمة يرى أن الولد يتبع المسلم من والديه أما كان أو أباً ، إذا لم يكن بانناً . فإذا كان بانناً
كبيراً يترك لاختياره . أما مالك فيرى أن الولد يتبع الأب فقط مسلماً كان أو كافراً . ويرى
أبو الطاهر من فقهاء المدينة أنه يتبع الأم في دينها (انظر حجة كل في الموضع السابق) .
و الراجح هو رأي الجمهور . ويقول إنه بالنسبة لأثر اختلاف الدين في تبعية الأولاد عند
غير المسلمين أنه في حالة الاختلاف الطاريء بين متعدي الديانة فإن الولد يتبع دين الأب
إذا كانت الأم هي التي غيرت ، ويتبع دين الأم إن كان الذي غير دينه هو الأب . أى أن
الولد يبقى على ما ينشأ عليه . وهذا يتفق مع الاسلامي تبعية الولد لنشأة أبويه في الدين -
ويؤاخره في كون الاسلام يقرر تبعية الولد في دينه للاظهر والافضل .

(٢) ولهذا قضى بأن : « مجرد عماد الزوجة في كنيسة اللاتين لا يقطع في أنها ليست من
الأفباط الأرثوذكس ، لاسيما وأن ذلك العاد قد تم في سنة ١٩٥١ ، وليس في الأوراق
ما يدحض أن المدعية قد اعتنقت المذهب القبطي الأرثوذكسي حسبما قررت بذلك ووافتها بقية
المحسوم حسبما هو ثابت بمحاضر الجلسات » الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية في ٩
ديسمبر ١٩٥٧ (غير منشور) ، وانظروا سبق الخامس رقم ٢ ص ٢٤٢ .

فانها لا تمتد كذلك بجهة عقد الزواج . فقد يكون أحد الزوجين من طائفة أو مذهب غير طائفة أو مذهب الزوج الآخر . ومع ذلك يقبل إجراء الزواج أمام كنيسة ، تيسيراً لأجراءات التوثيق ، فهذا الاجراء لا يفيد بذاته تغيير الطائفة أو الملة التي كان ينتمي اليها الشخص والالتقاء إلى الكنيسة التي تم الزواج أمامها ، وخاصة إذا تبين من الظروف أن مثل هذا الاجراء لم يقصد منه سوى تيسير التوثيق ، فالمعبرة بالطائفة أو الملة الأصلية لكل من الزوجين . وهذا ما قرره محكمة النقض واستقرت عليه أحكامها ^(١) .

فمن ذلك ، ما قرره من أنه « جرى قضاء هذه المحكمة بأن جهة تحرير عقد الزواج لا يمنح الجهة التي حررت اختصاصاً قضائياً (يلاحظ الارتباط بين الاختصاص القضائي والتشريع فيما مضى قبل إلغاء المجالس الملية) ، بل العبرة في ذلك باتحاد طرفي الخصومة . واذن فمن كان الواقع هو أن الزوج تابع لطائفة المذهب الانجيلي بينما تتبع زوجته طائفة الأرمن الأرثوذكس ، وكان رضا الزوج

(١) وانظر أيضاً حكم محكمة استئناف الاسكندرية (غير منشور) في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ في القضية رقم ٢ لسنة ١٩٥٩ ، حيث لم تمتد المحكمة بالمجهة التي تم أمامها توثيق الزواج في تبني الزوج طائفتها ، كما لم تدخل في الاعتبار كذلك كون الزواج قد تم على يد أحد القساوسة تابع لطائفة الزوج . طالما لم يتبين أن الزوجة قد تخلت عن طائفتها ودخلت طائفة زوجها . وقد جاء بالحكم المذكور أن الزواج تم أمام بطريركية الروم الأرثوذكس ونسب فيه بصريح اللفظ أن الزوج من أبناء طائفة الروم الأرثوذكس وأن الزوجة من أبناء الطائفة القبطية الأرثوذكسية . ولم يرد به أي إشارة أن الزوجة قد تخلت عن طائفتها ودخلت في طائفة زوجها ، ومن ثم فهي باقية على ملتها وطائفتها . وقول المستأنفة إن قيام أحد القساوسة التابع للطائفة التي ينتمي إليها الزوج بإتمام مراسم هذا الزواج يعد قبولاً منها وتحولاً ضمنياً إلى ملة زوجها هو قول غير سليم لاستدله في شرعية الزوجين التي تتبع أن يتولى إتمام العقد من ينتمي إلى مذهب أحد الزوجين . ولما كان اتحاد المذهب لا يتحقق به شرط اتحاد الملة إن اختلف الزوجان في الطائفة ، فإن أحكام الشرعية الاسلامية تكون واجبة للتطبيق على موضوع الدعوى لا سيما وأن شرعية الزوجين تتبع الطلاق والتطليق .

باجراء عقد الزواج أمام كنيسة الأرمن الارثوذكس التي تنتمي اليها زوجته ، وقبوله اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها لايفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة ، وكان الزوج قد قدم مايفيد أنه ولد بروتستانيا ومن ابوين انجيليين ، وعمد في كنيسة الانجيليين ، وليس في الاوراق مايفيد أنه اعتنق مذهباً مخالفاً ، فان الحكم الصادر من المجلس الملى لطائفة الارمن الارثوذكس بطلاق زوجته ، يكون قد صدر من جهة لا ولاية لها ، ويتعين وقف تنفيذه ويكون الحكم الصادر من المحكمة الشرعية بدخول الزوجية في طاعة زوجها قد صدر منها في حدود ولايتها ، ويتعين رفض طلب وقف تنفيذه « (١) . ويتبين من هذا الحكم أن المحكمة لم تتعد بمجة تحرير عقد الزواج كدليل على تغيير الزوج المذهب ، كما أقرت المحكمة اختصاص المحاكم الشرعية وبالتالي تطبيق الشريعة الاسلامية نظراً لاختلاف الخصوم في الطائفة والملة .

وقد قررت المحكمة هذا المبدأ في حكم آخر استهلكته بنفس عبارات الحكم السابق من أن قضاء المحكمة قد جرى على أن جهة تحرير عقد الزواج لايمنح الجهة التي حررتة اختصاصاً قضائياً (٢) .

(١) حكم صادر من الجمعية العمومية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، طلب رقم ٧ سنة ٢٤ في « تنازع اختصاص » مجموعة المكتب الفني س ٦ العدد الأول ص ٢٦ ، وكذلك مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٥٩ قاعدة رقم ١٥٢ .

(٢) و قد جاء في هذا الحكم : « فمضى كانت الزوجة المدعية قدمت مايفيد أنها ولدت كاثوليكية لاثنية وعمدت كذلك في الكنيسة اللاتينية ، وأنها طلت على ولايتها مذهبها الكاثوليكي وفقاً لشهادات الطائفة التي قدمتها ، كما ثبت أنها بعد زواجها وبمقتربها في عصر الخطبة أنها أرثوذكسية عمدت ولدها الذي كان ثمرة هذا الزواج بالكنيسة الكاثوليكية دون اعتراض من زوجها المدعى عليه ، وكان رضاه هذه الزوجة لإجراء عقد الزواج أمام كنيسة الأقباط الأرثوذكس التي ينتمي إليها المدعى عليه وقبولها اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها لايفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة ولا ينضو وحده دليلاً على هذا التغيير ، لأنه قد يكون المراد منه مجرد تبشير توثيق العقد ، دون مساس بالملة أو المذهب الذي تنتمي اليه الزوجة... »

=

وهكذا يتبين لنا أن المحاكم لاتعتمد في إثباتها لاتحاد الطائفة أو الملة أو تغيير أحد الطرفين لها ، لاتعتمد بوسيلة معينة . فقد تأخذ في ذلك بشهادة من الجهة الدينية التي ينتمى إليها الشخص ، وقد لاتأخذ بمثل هذا الشهادة إذا لابتسها ظروف معينة ولم يكن فيها ما يبين متى وكيف اتسمى الشخص لهذه الجهة الدينية بصورة قاطعة ، وخاصة إذا ناقضت الشهادة ما هو ثابت بالأوراق من انتماء الشخص إلى جهة أخرى ^(١) . وقد تمتد المحكمة في إثبات اتحاد الطائفة والملة . هو ثابت في عقد الزواج ومن ارتضاء الشخص الخضوع لأحكام الجهة الدينية للطرف الآخر . وقد لا يمكن إثبات اتحاد الطائفة والملة من مجرد تعمد الشخص أمام كنيسة معينة . . . وكل هذه أمور يترك تقديرها للمحكمة تستطيع الوقوف على حقيقتها من ظروف وملابسات كل حالة . مع مراعاة أن قضاء القضا قد ثبت على أن جهة تحرير عقد الزواج لا يمنع بذاته هذه الجهة اختصاصا ما . فهو ليس دليلا على اتحاد الأفراد في الطائفة والملة .

==حكم صادر من الجمعية السوموية في ٢٦ مارس ١٩٥٥ حسب رقم ٩ س ٢٤ ق «تنازع اختصاص» مجموعة المكتب الفني س ٦ العدد الثاني س ٤٢١ ، وكذلك مجموعة أحكام النقض في ٢٥ طاما س ١٥٩ قاصدة رقم ١٥٣ والمحكمة س ٢٦ رقم ١٦٩ س ٣٣٢ . (١) أنظر محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة في ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ المحاماة س ٣٤ رقم ٤٥٥ س ١٠٨٧ وما جاء في حيثيات الحكم ، فقد قدمت الزوجة شهادة أنها إنجيلية ولكن لم يبين فيها تاريخ انتقالها إلى المذهب الإنجيلي ، وهل كانت تمدن به قبل زواجها أم لا ، ولذلك إزاء القصور البادي من ظاهر الشهادة أخذت المحكمة بشهادة أخرى من بطريركية الأنطاكية الأرثوذكس ورأت أن الزوجين كانا يعتنقان هذا المذهب سويا عند عقد الزواج .

وفي حكم لمحكمة النقض اعتدت المحكمة في إثبات اتحاد الطائفة والملة بين الزوجين بما أقربه الزوج في إشهاد الطلاق من أنه هو الزوجية قبطيان أرثوذكسيان ، وبما جاء في الشهادة الصادرة من وكيل شرعية الأنطاكية ... من أن الزوجة قبطية أرثوذكسية ... (أنظر نقض في ٢٦ يناير ١٩٥٧ (الجمعية السوموية) طلب رقم ٩ سنة ٢٥ ق «تنازع اختصاص» مجموعة المكتب الفني س ٨ العدد الأول س ١ وما جاء بالحيثيات س ٤ .

والواقع أنه لما كان يتمين على المحكمة أن تتحقق من توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، فإنه لا بد أن يثبت لديها توافر شرط اتحاد الافراد في الطائفة والملة والديانة أو عدم توافره ، وعليها أن تتحرى عن ذلك تثبت في حكمها أنهم متحدون أو مختلفون . وإذا كان أحدهم قد غير ديانته أو ملته ... عليها أن تنظر في الاجراءات التي اتخذت في هذا الشأن وهل تتفق هذه الاجراءات أولا تتفق مع ما هو مطلوب في هذا الصدد ، سواء تعلق الامر بالتغيير إلى الاسلام أو إلى طائفة أو ملة أخرى . وإذا ما ادعى أحد الخصوم الانتماء إلى الطائفة أو ملة معينة كان عليه تقديم الدليل ، والمحكمة ساطة تقدير ما يقدم إليها من أدلة على نحو ما بينا .

٦٤ - **غاية البحث الاول :** انتهينا فيما سبق من الكلام عن الشرط الأول من شروط تطبيق شريعة غير المسلمين وهو شرط اتحاد الأفراد في الطائفة والمذهب والديانة . وقد أتيج لنا خلال دراستنا لهذا الشرط أن نبين المقصود بالاءافة والملة والديانة ، ورأينا أن اتحاد الافراد في الطائفة أمر لازم لا ينفى عنه اتحادهم في الملة أو المذهب ، وأن الاختلاف في الطائفة يعادل في نتيجه الاختلاف في المذهب ، مما يترتب عليه تطبيق الشريعة العامة وهي الشريعة الاسلامية . وإلى جانب هذا فقد رأينا كذلك أن العبرة في اتحاد الأفراد في الطائفة والملة ، حتى تطبق شريعتهم . إنما هو بوقت الدعوى ، فهو الوقت الذي يتحدد فيه موقف المتنازعين وتثور الحاجة إلى معرفة الشريعة الواجبة التطبيق . ولما كانت علاقات الأحوال الشخصية تصنف عادة بالاستمرار ، وكان من شأن بقائها مدة طويلة تعرض الأفراد لتغيير دياناتهم أو مذاهبهم وطوائفهم ، فند كان لزاما علينا أن نعالج مسألة التغيير في الديانة أو في المذهب أو في الطائفة

إذا ما طرأ بعد قيام العلاقة ، وما هو الأثر المترتب على هذا التغيير ، وإلى أى مدى يعتد به ، وهل هناك قيود تفرض أو يمكن فرضها على من يغير ديانته أو مذهبه فى استفادته من النتائج التى ترتب على هذا التغيير . ثم مدى الاستفادة من التغيير الذى يتم أثناء سير الدعوى ، فى نفس الدعوى الذى حصل التغيير خلالها وفى الدعاوى الأخرى التى ترفع بعد التغيير ، حتى لو كانت لها صلة بالنزاع السابق الذى حصل التغيير خلاله .

ولما كان من الممكن أن يتم تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة فى صور متعددة رأينا من اللازم أن نعرض لكيفية إثبات اتحاد الديانة والمذهب والطائفة ، والوسائل التى يعتد بها فى تغييرها .

على أنه إذا كان تطبيق الشريعة الطائفية للأفراد يستلزم توافر شروط معينة من بينها اتحادهم فى الطائفة والملة على النحو السابق ، وأن اختلافهم بالتالى يؤدى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، فإن هذا يعنى أنه إذا ثبت الاختصاص التشريعى لأى من الشريعتين ، فلا يصح للأفراد أن يزعموا عن أنفسهم هذا الاختصاص التشريعى لتطبيق عليهم شريعة أخرى لم تكن واجبة التطبيق لعدم توافر شروطها ومن بينها اتحادهم فى الطائفة والملة ، لأن الأمر يتعلق بالنظام العام . وتبعا لذلك أيضا إذا ثبت الاختصاص التشريعى لشريعة معينة ، فإنه ليس للمحكمة أن تطبق شريعة أخرى غير الواجبة التطبيق وإلا كان حكمها مخالفا للقانون .

المبحث الثاني

وجود جهات قضائية مالية منظمة

وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

٦٥ - **الجهات القضائية المالية للنظمة** : استلزم المشرع في المادة السابعة من القانون ٤٦٢ ، الى جانب شرط اتحاد الطائفة والملة الذي انتهينا من الكلام عنه في المبحث السابق ، شرطاً آخر ، حتى تنطبق شريعة غير المسلمين ، وهو أن تكون هناك جهة قضاء مالية منظمة للمتازعين عند صدور هذا القانون .

وأول ما يلاحظ على نص المادة السابقة هو أن عبارة جهات قضائية « مالية » قد تشير بأن هناك محاكم خاصة بالملل أو المذاهب فقط دون الطوائف التي تنفرع عن هذه الملل أو المذاهب . والواقع أن المقصود في هذا الصدد هو جهة القضاء الطائفي ، إذ من المعلوم أنه كان للطوائف جهات قضائية خاصة على نحو ما قدمنا .

وإذا كان هناك بعض الطوائف تتحد شرائها كالطوائف الكاثوليكية ، إلا أن جهات قضائها كانت متعددة بتعدد طوائفها ، يدل على ذلك أن بعض هذه الطوائف الكاثوليكية قد نظم بتشريع خاص به ، كما كان الحال بالنسبة لطائفة الأرمن الكاثوليك التي نظمت بقانون صدر في سنة ١٩٠٥ . وقد كان لكل طائفة من الطوائف الكاثوليكية جهة قضائها الخاصة بها ، وإن اتحدت أنظمة تلك الجهات القضائية . وكذلك الحال بالنسبة لباقي الطوائف الأخرى في المذهب الأرثوذكسي . ولعل هذا الوصف قد يصدق فقط على المذهب البروتستانتي الذي اعتبر أتباعه طائفة واحدة ، ويمكن القول كذلك إن لهم جهة قضاء على خاصة بأبناء هذا المذهب ، وكذلك الحال بالنسبة لليهود ، مع مراعاة

أن الربايين بالاسكندرية والبحيرة كان لهم محكمة شرعية ، وقية الربايين .
في مصر كانت لهم محكمة شرعية .

وعلى ذلك فان المقصود بالجهات القضائية المالية هي جهات القضاء الطائفي . وقد
تعدت تلك الجهات ، وكانت إما على درجة واحدة وإما على درجتين ، بمعنى أنه
كان هناك بالنسبة لبعض الطوائف مجالس ابتدائية ومجالس استئنافية .

فبالنسبة للأقباط الأرثوذكس مثلاً ، كانت لهم جهة قضاء على منظمة ، وقد
تقرر بالنسبة لهذه الطائفة إنشاء مجالس مالية فرعية في كل أبرشية تحت رئاسة
مطرانها ، وكانت تتولى الحكم في كافة الدعاوى الابتدائية ، وكانت أحكامها
تستأنف أمام المجلس الملى العام .

وبالنسبة للارمن الأرثوذكس ، كان لهم مجلس قضائي كذلك ، وكانت
أحكامه تستأنف لدى المجلس المختلط في بطريركية الارمن بالآستانة حتى سنة
١٩١٤ ، ثم بطل العمل بهذا الاجراء وصار الحكم الذي يصدره المجلس نهائياً .
لا استئناف له .

وبالنسبة للريان الارثوذكس ، كان يتولى رئاسة الطائفة قسيس هو
وكيل بطريركية السريان في مصر . وقد كانت هناك جمعية او مجلس على عرف
للطائفة ، وكان المجلس يجرى التحقيق ويرفعه مشفوعاً برأيه الى البطريرك
بماردين حيث الرئاسة الدينية للطائفة ، وكان للمجلس ، الى جانب ذلك ،
سلطات ولائية .

أما بالنسبة للروم الارثوذكس ، فقد كانت هناك محاكم ابتدائية تتولى
الحكم في جميع الدعاوى بصفة ابتدائية ، وكانت أحكامها تستأنف لدى مجمع

يعقده بالإسكندرية غبطة بطريرك الروم^(١)
هذا بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية أما عن الطوائف الكاثوليكية ، فقد
تعددت على النحو السابق . وكانت سلطة القضاء بالنسبة لجمع الطوائف موزعة
بين نوعين من المحاكم ، على حسب نوع القضية بالنسبة لكل طائفة من
الطوائف^(٢) . فقد كان هناك المحاكم الكنسية ، وكانت أحكامها تستأنف
ويطعن في الاستئناف أمام البابا في بعض الأحيان . وبجانب المحاكم الكنسية
كانت هناك مجالس ملية أو مجالس البطريركية . وكانت الحكومة تنفذ أحكام
المجالس دون أحكام المحاكم الكنسية ، لأن الأحكام الصادرة من هذه الأخيرة لم
تكن بحاجة إلى تنفيذ بالقوة^(٣)
وبالنسبة للأرمن كان لهم مجلس عرسمى ينظر في الدعاوى وكانت تستأنف
أمامه أحكام القضاة التي تصدرها لجنة شكلها المجلس للحكم في مسائل النفقات
ولتخصير القضايا^(٤) .

(١) أنظر فيما سبق بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية : أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٦٠ ،
٧٥٠ ، ٧٦ ، ٨١ ، ٨٨ على الترتيب .

(٢) ما عدا طائفة اللاتين ، فلم تكن لهم مجالس ملية كما في الطوائف الكاثوليكية الأخرى
أنظر مثالا للاستاذ Linant de Bellefonds بعنوان :

"La suppression des juridictions de statut personnel en Egypt", Revue Int. de
dr. Comparé, 1956, P. 414 et notamment, PP. 414 , 415.

(٣) أحمد صفوت ، المرجع السابق ، ص ٩٤ ، ولم تكن أحكام المحاكم الكنسية
تحتاج إلى تنفيذ بالقوة لأنها تقرر حالة قانونية .

فقد كانت تنصل في مسائل الزوجية المتعلقة بجمعة المقد أو بطلانه وبالترام الماسحة ،
أو بالتفريق الجسدي ، والحق في النفقة أي استحقاقها فقط دون الحكم بمبلغ معين ، والخطبة
الكنسية . وكانت هذه المحاكم تطبق في أحكامها العريضة الكنسية .

هذا وقد أشرنا فيما مضى (أنظر ما سبق ص ١٢ بالهامش) إلى أن المحاكم قد قررت أن
إنهاء جهات القضاء العرسمى والملي قد ترتب عليه إلغاء المحاكم الكنسية أيضا . فالإلغاء يشمل
جهات القضاء التي كانت تنصل في مسائل الأحوال الشخصية لمصريين عموما ، ولا يقال إن
المحاكم الكنسية لا تدخل في عداد المجالس الملية للملغة .

(٤) المرجع السابق ، ص ٨٥ - ٨٦ .

اما بالنسبة لليهود ، فقد كان للربانيين في اлександريه والبحيره محكمة شرعية يرأسها الخاخام ، كما كان لباقي الربانيين في مصر محكمة شرعية . وقد كانت المحاكم الشرعية على درجتين ابتدائية واستئنافية . أما بالنسبة للقرايين فان المجلس الملى لهم يرأسه الخاخام ، وهو محكمتهم الشرعية . وكانت أحكامه نهائية لا تستأنف (١) .

هذه هي الجهات القضائية التي كانت موجودة في مصر وقت صدور القانون ٤٦٢ . فاذا قام نزاع خاص بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين من كانوا تابعين لتلك الجهات واتحدوا من حيث الطائفة والملة ، أمكن تطبيق شريعتهم ، متى كانت هذه الشريعة لا تتعارض مع النظام العام في البلاد . وإذا كان هناك أفراد من غير المسلمين ولم تكن لهم جهات قضائية ملية منظمة فانه لا يمكن تطبيق شريعتهم ، حتى ولو اتفقوا فيما بينهم على ذلك ، وإنما تطبق عليهم شريعة العامة وهي الشريعة الاسلامية ، وذلك لتخلف شرط من شروط تطبيق شريعتهم وهو شرط وجود جهة قضائية ملية منظمة ، على نحو ما أسلفنا من قبل .

٦٦- الأساس الذي كانت تستند اليه الجهات القضائية لغير المسلمين :
إذا كانت الطوائف السابق بيانها هي الطوائف التي كانت قائمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، فما هو الأساس القانوني الذي استندت إليه مجالس تلك الطوائف المختلفة لكي تختص بالفصل في المنازعات التي كانت تقع بين تابعيها ؟
قام اختصاص الجهات القضائية للطوائف في مصر على الخط الحايواني الصادر في الدولة العلية سنة ١٨٥٦ منظرًا للإدارة والمحاكم والبطركخانات ، وعلى منشورات الباب العالي الصادرة في ٣ فبراير وأول ابريل وآخر مايو سنة ١٨٩١ والتي أبلغت

(١) أحد صفوت ، السابق ص ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٦ .

إلى الحكومة المصرية^(١).

وقد قامت الحكومة المصرية بتنظيم بعض الطوائف ، فصدر أمر عال في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ منظماً للأئمة مجلس الاقباط الارثوذكس ، ثم صدرت بعد ذلك لأئمة لتنظيم مجلس الانجليكان الوطنيين في أول مارس سنة ١٩٠٢ ، ولأئمة مجلس الارمن الكاثوليك بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ . وقد نظمت هذه اللوائح الثلاث تشكيل المحاكم التي تنظر مسائل الأحوال الشخصية . ولم تخرج هذه الحالات الثلاث عن دائرة الخط الممايوني والمنشورات اللاحقة والتي صدرت تفسيراً له .

أما بالنسبة لباقي الطوائف الأخرى غير الطوائف الثلاث الساجدة التي صدرت بشأنها تشريعات ، فلم يصدر تشريع ينظم شئون مجالسها ، ولذلك ظلت هذه الطوائف تستمد ولايتها من أحكام الخط الممايوني الصادر سنة ١٨٥٦ والمنشورات اللاحقة له . وظل الحال على ذلك إلى أن انفصلت مصر عن تركيا إثر نشوب الحرب العالمية الأولى ، فصدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ الذي أجاز للطوائف الدينية الاستمرار في ولاية الحكم بين تابعيها ، ونص في المادة الأولى منه على « أن السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن في الديار المصرية تستمر - إلى حين الاقرار على أمر آخر - على التمتع بما كان لها من الحقوق قبل زوال السيادة العثمانية . . وعلى ذلك فإن السلطات القضائية المذكورة هي والهيئات التي تمارس تلك السلطات أعمالها يكون مخولاً بصفة مؤقتة جميع الاختصاصات والحقوق التي كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والقرارات والبرارات العثمانية » .

(١) انظر في هذا « المرجع السابق » ص ٩ - ١٦ .

وعلى ذلك فإن الطوائف التي لم تصدر بشأنها تشريعات خاصة تنظمها ، أصبحت بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ تستمد سلطتها القضائية في الأحوال الشخصية من الحكومة المصرية ، بدون تفرقة في ذلك بين الطوائف التي نظمت أمورها بقانون والطوائف التي لم تنظم ، ما دامت الطوائف معترف بها رسمياً من قبل الحكومة ، باعتماد تعيين رئيسها .

وعلى ذلك فنجد صدور القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ أصبحت السلطة القضائية التي كانت تبشرها مجالس الطوائف تستمد من هذا القانون ، وإن كانت الطوائف قد ظلت محتفظة بأنظمتها السابقة من حيث تشكيلها واختصاصاتها ، استناداً إلى الفرائد والبراءات العثمانية .

وقد استمر الحال على هذا الوضع إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ بترتيب محاكم الأحوال الشخصية للطوائف المالية لغير المسلمين ، ونص في المادة الثالثة منه على أن يكون ترتيب هذه المحاكم بلائحة تمتدها الحكومة ويصدرها مرسوم . ولكن المرسوم بقانون رقم ٤٠ قد سقط لعدم تقديمه إلى البرلمان في اجتماعه الأول التالي لصدوره ، فعادت الحال بالنسبة إلى الطوائف إلى ما كانت عليه ، ولذلك ظلت المجالس المالية التي لم تصدر بشأنها تشريعات تنظمها على نط التشريعات التي نظمت مجالس الأقباط الأرثوذكس والانجيليين الوطنيين والارمن الكاثوليك ، ظلت مختصة بالفصل بين أبنائها في مسائل الأحوال الشخصية استناداً إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ . ومعنى هذا أنه يسقط المرسوم رقم ٤٠ سنة ١٩٣٦ الذي كان يستلزم وجود لائحة لمحاكم الطوائف حتى تصدر مختصة في مسائل الأحوال الشخصية لم يعد هناك مجال لاستلزام قيام تلك اللائحة للمجالس التي كانت قائمة . فاستوت بذلك المجالس

التي كان لها لوائح يغيرها التي لم يكن لها لوائح^(١) .

وكثيرا ما قضت محكمة النقض بأن مجالس الطوائف التي لم يصدر لها قوانين. تنظما على غرار التشريعات الثلاثة التي نظمت مجالس الاقباط الارثوذكس. والانجيليين والارمن الكاثوليك ، تستمد ولايتها في مسائل الاحوال الشخصية من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥^(٢) . وبذلك قضت المحكمة على ماثار من خلاف في هذا الصدد حول ما إذا كانت ولاية القضاء لا تثبت إلا للطوائف. الثلاث التي صدرت بها تشريعات تنظما ، أم أن هذه الولاية تمتد إلى باقي الطوائف الأخرى التي لم يصدر قانون بتنظيم مجالسها الطائفية .

هذا ويراعى أنه إذا كان المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ قد أثار مسألة اشتراط صدور لائحة خاصة لكل مجلس من المجالس الطائفية ، إلا أن هذا المرسوم قد سقط كما رأينا ، ولم يعد هناك مجال لاشتراط صدور مثل تلك اللائحة حتى يعتبر المجلس الطائفي من الجهات القضائية المنظمة ، وتذ كانت سائر الطوائف التي وجدت لها جهات قضائية على النحو السابق تتمتع بولاية القضاء بين تابعيها سواء صدرت لها لائحة داخلية أو لم تصدر . ولم يكن هناك من فارق بين الطوائف في هذا الصدد إلا من حيث تنفيذ الاحكام ، فكانت الاحكام الصادرة من مجالس الطوائف تنفذ بالطرق الادارية اللهم إلا المجالس التي لم

(١) أنظر : إمام اسماعيل . السابق . ص ٣٤ . أجداً بوالوفا : المرافعات . المرجع السابق.

ققرة ٢٣٦ ص ٢٨٧ والمهامش .

(٢) أنظر حكما صادرا من الجمعية العمومية في ٢٢ مايو ١٩٥٤ طلب رقم ٣ سنة ٢٣ ق «تنازع

اختصاص » مجموعة المكتب التني س ٥ عدد ٣ ص ٧٠١ . وحكما آخر في ٢٧ نوفمبر ١٩٥٤

طلب رقم ٥ ص ٢٤ ق « تنازع اختصاص » مجموعة المكتب التني س ٦ عدد ١ ص ٢١

وكذلك حكما ثالثا . في نفس التاويخ طلب رقم ٤ ص ٢٤ ق . للمجموعة السابقة ص ١٣ .

وأ طر كل الأحكام السابقة في مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ .

ص ١٥٨ - ١٥٩ قواعد رقم ١٤٧ - ١٤٨ - ١٥٠ .

تصدر لها لوائح داخلية ، فكانت الإدارة لا تنفذ أحكامها ، بل كان أصحابها يطالبون بتنفيذها لدى الحاكم الأهلية أو المختلطة . ومن الطوائف التي لم تقدم لوائحها طائفة الأرمن الأرثوذكس ، والسريان الأرثوذكس ، والأرمن الكاثوليك ، وطائفة الربانيين بالاسكندرية ^(١) .

ومما سبق يتبين لنا أنه يكفي أن ينتسب المتنازعون إلى طائفة من الطوائف السابقة والتي كانت لها جهة قضائية منظمة ، فيتوافر بذلك شرط انتمائهم إلى طائفة لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، ذلك لأن جهات القضاء الطائفي التي لم تنظم بقوانين خاصة كانت تسند إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ في الحكم بين أبناء الطائفة المتستين إليها .

المبحث الثالث

عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام

٦٧ - **اختلاف هذا الشرط عن الشرطين السابقين :** رأينا فيما سبق أن المشرع قد استلزم لتطبيق شريعة غير المسلمين شروطا ثلاثة وهي : أن يكون الخصوم متحدين من حيث الطائفة والملة ، وأن توجد لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وأن تصدر الأحكام ، طبقا

(١) وقد تعرضت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية لهذا الموضوع (حكم في القضية رقم ١١١٦ لسنة ١٩٥٦ كلى ، مشار إليه في إهاب اسماعيل ، ص ٢٥) عندما طعن في أحد الأحكام الصادرة من مجلس على الاقباط الارثوذكس يدعى أنه غير مختص لعدم صدور لائحة داخلية ، قررت المحكمة بأنه على الرغم من أن اللائحة قد صدرت بتاريخ ١٦/١١/١٩٢٠ ، إلا أن المرسوم الذي اشترط ذلك قد بطل السبل به لعدم عرضه على البرلمان . وانظر أيضا في هذا الصدد ، إهاب اسماعيل ، المرجع السابق . فقرة ٢٦ وما بعدها ص ٦٨ .

لشريعتهم، في نطاق النظام العام . وقد تعرضنا بالمراسة للشرطين الأولين، وبقي علينا أن نبث الشرط الثالث وهو ضرورة اتساق شريعة غير المسلمين مع النظام العام .

هذا الشرط الثالث يختلف عن الشرطين السابقين من حيث كيفية إعماله . وإذا كان القاضي يستطيع أن يثبت من اتحاد الخصوم في الطائفة والملة والديانة أو من اختلافهم فيها ، عن طريق شواهد مختلفة وأدلة إثبات متعددة كما رأينا ، وإذا كان من اليسير عليه أيضا التأكد من قيام جهة قضاء على الخصوم ، فإنه يقوم بذلك تمهيداً لتطبيق شريعتهم . بمعنى أنه إذا ما ثبت لديه الشرطان ، الأول والثاني ، كان عليه أن يطبق شريعة الخصوم الدينية ، وهو حتى ذلك الحين لم يدخل في البحث عن الشرط الثالث ، إذ يقتضى منه ذلك أن يبحث أولاً شريعة الخصوم ، لكي يبين ما إذا كانت القاعدة التي يبنى عليه تطبيقها في صدد النزاع المعروض أمامه تصطدم مع النظام العام أم لا . وبعبارة أخرى إن بحث توافر الشرطين الأول والثاني أمر لازم ، يسبق البحث عن الشرط الثالث ويمهد للوصول إليه . فإذا ما ثبتا تعين البحث في شريعة الخصوم عن القاعدة الواجبة التطبيق ، للوصول إليها ومعرفة ما إذا كانت تتفق مع النظام العام . وعلى القاضي من ذلك إذا ما تبين للقاضي تخلف هذين الشرطين أو أحدهما ، فإن هذان شأنه أن يغنيه عن التعرض بالبحث للقاعدة الواجبة التطبيق ومسايرتها للنظام العام .

وإذا ما توافرت الشروط تعين على القاضي تطبيق القاعدة الخاصة في شريعة الخصوم ، وإلا فإنه يتمتع عن تطبيقها ، كما يتمتع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تناقض مع النظام العام في مصر ، وبذلك ينفسح المجال أمام تطبيق الشريعة العامة في مصر ، وهي الشريعة الإسلامية . ولا خلاف حول

تطبيق الشريعة الإسلامية في هذه الحالة . وهذا ما يفهم من نص المادة السادسة من القانون ٤٦٢ ، لأن تطبيق شريعة غير المسلمين معقود بتوافر الشروط التي نصت عليها الفقرة الثانية من هذه المادة ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط طبقت الشريعة العامة . على أن هناك أمراً آخر يثور بصدد الشرط الثالث ، وهو صعوبة إثباته . فمن اليسير على القاضى ، كما قدمنا أن يتوصل إلى إثبات اتحاد الأفراد أو اختلافهم في الديانة أو المذهب أو الطائفة ؛ وكذلك من اليسير عليه إثبات قيام جهة قضائية خاصة بهم^١ ، وكل هذه أمور محسوسة يسهل إثباتها ، ويعاونه الخصوم في هذا الإثبات ، إلا أن إثبات تعارض قاعدة من قواعد الشريعة الدينية للخصوم مع النظام العام لن يكون بتلك السهولة ، نظراً لصعوبة الوقوف على ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك . وإذا كان هذا أمراً صعباً في نطاق الروابط العادية ، فإنه أكثر صعوبة في نطاق الأحوال الشخصية ، وخاصة لتعلق هذه المسائل بأمور لها صلة بالعقيدة الدينية وتمس الإنسان في أدق العلاقات ، فالبحث فيها أمر دقيق للغاية .

٦٨ - أساس استبعاد شريعة غير المسلمين لتعارضها مع النظام العام : ويثور التساؤل في صدد الشرط الثالث عن ضرورة مثل هذا الشرط ، وخاصة أن الأمر يتعلق بتطبيق الشرائع الدينية للطوائف المختلفة ، ومن المفروض أنها قواعد دينية تتصل بالصق المسائل بذات الإنسان ، وتمس في أدق المشاعر ، وتمس العائلات في أدق العلاقات ، كما تقول المذكرة الإيضاحية . فإذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تطبق في علاقات أبناء تلك الطوائف فيما بينهم ، فكيف يتصور أن يقال إن مثل تلك القواعد ، التي كان لها احترامها لديهم ، قد يمتنع على القاضى تطبيقها لمساسها بالنظام العام^(١) ؟ .

(١) ولذلك فإن شرط النظام العام هنا يبدو غريباً ، لأن الأمل أن تكون أجزاء =

يبدو أن المشرع حين نص في المادة السادسة من القانون ٤٦٢ على أن تكون شريعة غير المسلمين متسقة مع النظام العام ، قد تأثر بما هو معروف في القانون الدولي الخاص من استبعاد القانون الواجب التطبيق في علاقة ذات عنصر أجنبي ، إذا تعارض هذا القانون مع النظام العام . وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨ من القانون المدني ، إذ قررت أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي ، عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر » . وإذا كان الأمر كذلك وأن المشرع قد تأثر بما هو متبع في القانون الدولي الخاص ، فإنه ينبغي أن يراعى ما هنالك من فارق بين الوضعين ، ففي حالة تطبيق القانون الأجنبي من المتصور أن تصطدم قواعده بالنظام العام في مصر ، وذلك لاختلاف الأنظمة القانونية باختلاف الدول ، ومن الممكن أن تتعارض أحكام قوانينها مع القواعد الأساسية المعتبرة من النظام العام عندنا . لكن هل يتصور أن يقوم ذلك بالنسبة لقواعد كان معمولاً بها لدى الطوائف الدينية المختلفة في مصر ؟ يمكن القول ، في هذا الصدد ، إن المشرع قد توقع قيام مثل هذا التعارض ، ذلك لأن الطوائف غير الإسلامية في مصر متعددة ، وبالتالي تعددت قواعدها الواجبة التطبيق ، ومن الممكن أن يكون من بين تلك القواعد المتعددة ما يتعارض مع النظام العام ، وخاصة لأنها تستمد من مصادر متنوعة . بل إن منها ما هو مأخوذ عن قوانين أجنبية قامت بنقلها الهيئات التي لها الاشراف على الطوائف الدينية في مصر . وهذا من شأنه أن يجعل من

== النظام القانوني الواحد متناسقة غير متعارضة . وإذا كان هذا التقييد ضرورياً لتطبيق القوانين الأجنبية ، إذ يؤدي إعماله إلى استبعادها ، فإن إعماله في النطاق الداخلي يؤدي إلى استبعاد قاعدة وطنية (أحد سلامة الطيبة ، ص ٣٣٤ ماس ١) والمقصود بذلك قاعدة كانت تقرها الشرائع الدينية لتير المسلمين عندنا ، كما في المتن - وسنرى السبب الذي دعا المشرع الى وضع هذا الشرط - ولذلك فانه لا مجال لنسب عليه اذا ما قن المشرع أحكام الأحوال الشخصية لتير المسلمين وأصدر بها تشريعا ، كما هو متقرر .

المحتمل قيام تعارض بعض قواعدها مع النظام العام ، لأنها وضعت في بلاد وفي
بيئات لها تقاليدها ولها طلابها الخاص . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد رأينا
أن الشرائع الطائفية لغير المسلمين لم تقتصر في مصادرها على ما جاءت به الكتب
الساوية فقط ، بل إنها تستمد قواعدها من مصادر أخرى ، ومن بينها قوانين
البلاد التي نشأت بعض الشرائع الدينية في رحابها ، وكذلك من تعاليم وأوامر
الرؤساء الدينيين والتقاليد . وقد يكون من بين القواعد المستمدة من هذه المصادر
جميعا ما لا يتفق والنظام العام عندنا ، وخاصة إذا راعينا أن من بين تلك القواعد
ما قد يتعارض مع النظام العام بسبب تغير الظروف ، وإن كان هذا بطبيعة
الحال أمراً نادراً .

يضاف إلى هذا وذاك أن قواعد غير المسلمين لازالت غير محددة ، والوضع
فيها غير مستقر ، ولم يصدر بها تشريع من الدولة ، بل يتولى تنسيق تلك القواعد
وارازها إلى حيز الوجود أتباع الطوائف المختلفة ، ومن المتصور في ظل مثل تلك
الأوضاع أن تتعارض قواعدهم مع النظام العام .

من ذلك كله يتبين لنا لماذا فض المشرع على استبعاد شريعة غير المسلمين
إذا تعارضت قواعدها مع النظام العام . ذلك أنه لم ينظم قواعد الأحوال
الشخصية الخاصة بغير المسلمين عن طريق التشريع ، وإنما اكتفى في هذا الصدد
ببيان تطبيق الشرائع الخاصة بالطوائف المختلفة إذا توافر شرط اتحاد الطائفة والملة
بين الخصوم وكانت لهم جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢
لسنة ١٩٥٥ . والمشرع بطبيعة الحال لا يعرف على وجه الدقة ما هنالك من
قواعد خاصة بالطوائف المختلفة والتي يحتمل أن يفضى إعمال الشرائع السالفة
إلى تطبيقها ؛ ولهذا فانه يعطى للقاضي وسيلة يستبعد بها تطبيق شريعة غير
المسلمين إذا وجدت متعارضة مع النظام العام ، وذلك ضماناً لحماية الصالح العام

وحفظاً لكيان المجتمع^(١) . وإذا ما وصلنا إلى أن شريعة غير المسلمين تستبعد إذا تعارضت قواعدها مع النظام العام ، قامت الصعوبة بعد ذلك للوقوف على ما يعتبر من النظام العام ، فإذا يقصد بالنظام العام الذى ينبغى أن تستبعد أحكام شريعة غير المسلمين إذا تعارضت معه ؟

٦٩ - تحديد القصور بالنظام العام في هذا الصدد : لاجدال في أنه لا يقصد بالنظام العام في هذا الصدد قواعد الأحوال الشخصية التى صدرت بها تشريعات عامة تسرى على جميع المصريين . فقد رأينا أن هناك حالات كانت تدخل في نطاق الأحوال الشخصية ، وكانت تطبق في شأنها تبعاً لذلك الشرائع الدينية للطوائف المختلفة ، ولكن المشرع نظم هذه المسائل بقواعد تشريعية ، فخرجت بذلك من نطاق ولاية الشرائع الدينية ، وأصبحت خاضعة للقوانين التى نظمتها . في هذه الحالة ينبغى استبعاد شريعة غير المسلمين في صدد ما نظمته التشريعات المختلفة من مسائل الأحوال الشخصية . وليس معنى استبعادها في هذه الحالة أنها تخالف النظام العام ، بل إنها تستبعد لأن القاضى لا يأمر بها ، وإنما هو يأمر بما وضعه المشرع في شأنها من قواعد تشريعية ، فالقاضى ملزم بتطبيق التشريع الصادر من السلطة المختصة ، ولا يمكن هنا إثارة تطبيق الشرائع الطائفية ، اللهم إلا في الحالات الاستثنائية التى قد يباح فيها للأفراد الاحتكام إلى شرائعهم الخاصة ، كما هو الشأن بالنسبة للمواريث . على النحو الذى ذهبنا إليه من قبل -

(١) وهذا هو نفس الأساس الذى يقال به كذلك في صدد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تعارضت أحكامه مع النظام العام في مصر ، وذلك في المجلات ذات النصير لأجنبي . تطبيقاً لقواعد القانون الدولى الخاص .
(أنظر مذكرات الدكتور منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، الاسكندرية ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، فقرة ٣٨ ص ١٤٣ . وكذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، الجزء الثاني في تنازع القوانين ، سنة ١٩٥٥ ، فقرة ١٤٧ .)

وإذا ما طبقت الشريعة الخاصة في مثل هذه الحالة يثور البحث عن مطابقتها أو عدم مطابقتها للنظام العام ، حتى يمكن للقاضي أن يطبقها أو لا يطبقها . وعلى ذلك ففي صدد المسائل التي نظمت بتشريعات موحدة واستبعدت بذلك كما رأينا من نطاق الأحوال الشخصية ، لا محل للبحث عن مطابقة الشرائع الطائفية للنظام العام ، لأن هذه الشرائع لا مجال لها في التطبيق ، اللهم إلا إذا سمح بتطبيقها بصفة استثنائية على سبيل الاحتكام إليها ^(١) .

ومن ناحية أخرى ، ينبغي أن نستبعد ما قد يخطر في الذهن من أن المقصود بالنظام العام في هذا الصدد هو قواعد الشريعة الإسلامية ، بمعنى أنه إذا تعارضت قاعدة من قواعد الشرائع الخاصة بغير المسلمين مع قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية ، كانت القاعدة الأولى مخالفة للنظام العام ، فتستبعد لكي تطبق الشريعة الإسلامية . ذلك أن التسليم بهذا الرأي معناه عدم تطبيق شرائع غير المسلمين ، لأن الشريعة الإسلامية نظمت كل مسائل الأحوال الشخصية ووضعت لها الحلول .

ويراعى في هذا الصدد أن الفقهاء في الشريعة الإسلامية يفرقون بين نوعين من القواعد : نوع له صفة الإلزام ، ونوع آخر ليست له هذه الصفة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية تعطي لغير المسلمين المقيمين في بلد إسلامي امتيازات خاصة من حيث تطبيق شرائعهم في بعض الأمور ، فإن هذه الامتيازات لا تنسحب على النوع الأول من القواعد التي لها صفة إلزامية ، لأنها تمس كيان المجتمع ، أو بمعنى آخر تتعلق بالنظام العام ، باعتبارها قواعد أساسية لا تختمل التغيير أو التبديل . أما القواعد الأخرى التي ليست لها صفة إلزامية ،

(١) قارن مع ذلك : إهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٥٩ رقم ٢٠ .

فهي قواعد تحتمل التغير والتبدل ، ولذلك يخضع غير المسلمين فيها لأحكام شرائعهم^(١) .

وإذا كانت شرائع غير المسلمين لا تطبق فيما جاءت بشأنه قواعد ثابتة لا تحتمل التغير ، فإن الفقهاء قد اختلفوا حول تحديد هذه القواعد . فأبو حنيفة مثلاً يخرج من نطاق هذه القواعد التي لا تحتمل التغير إلا نكحة الفاسدة في حكم الإسلام بما فيها أنكحة المحارم لأنها جائزة في بعض الأديان ، ولا يتفق معه أصحابان في ذلك . وعلى هذا يمكن القول بأن تصرفات غير المسلمين بالنسبة للقواعد التي لا تحتمل التغير تنتج آثارها متى كانت شرائعهم تقررها . وبمعنى آخر إن القواعد التي تتفق وشرائعهم تعتبر صحيحة حتى ولو خالفت قاعدة من القواعد التي لا تحتمل التغير في الشريعة الإسلامية ، أي قاعدة من قواعد النظام العام . وهذا هو المختار عند الحنفية ، وهو يتفق مع ما قصد من ترك غير المسلمين وما يدينون به^(٢) .

ومن ذلك يتبين أنه حتى بالنسبة للقواعد الثابتة التي لا تحتمل التغير في الشريعة الإسلامية فإن الراجح هو إقرار غير المسلمين على شرائعهم بالنسبة لها متى كانت شرائعهم تبيح لهم ذلك . وهذا يعني أنه حتى بالنسبة للقواعد التي تعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية ، فإنها لا تعتبر كذلك بالنسبة لغيرهم متى كانت شرائعهم تقررها ، لأن الإسلام يأمر بتركهم وما يدينون به . ولهذا ينبغي أن تتبع هذه الفكرة ، وهي أن المقصود بالنظام العام إنما هي قواعد

(١) أنظر في هذا : عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٢ ص ٢٨٩ .

(٢) أنظر في هذا : عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٣ و ٢٢٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .
ونظر كذلك الفقرة ٢٢٥ وما بعدها .

«الشريعة الإسلامية»^(١) وتبعاً لذلك ينبغي أن نبحث عن المقصود بالنظام العام الذى ينبغى أن تطبق أحكام شرائع غير المسلمين فى الحدود التى يحترم فيها .

ومن المثير أن نحدد المقصود بفكرة النظام العام ، وإن كان يمكن القول بصفة عامة أن القواعد التى تتعلق بالنظام العام هى القواعد التى ترمى إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد^(٢) .

ولكن الواقع أن كل ما يمكن أن يقال فى شأن تحديد المقصود بالنظام العام لن

(١) وهذا لا يبنى بطبيعة الحال أن أحكام الشريعة الإسلامية تستبعد بصفة مطلقة ولا تعتبر من النظام العام ، ذلك أن من بين القواعد التى تعتبر من النظام العام ما هو مستمد من الشريعة الإسلامية .

فمن قواعد الشريعة الإسلامية ما قد يتعلق بكيان المجتمع ويمتد بذلك من النظام العام ، على ما سنرى فى تحديد المقصود بالنظام العام فى المتن . وفى هذه الحالة لا تعتبر القاعدة من النظام العام لأنها من قواعد الشريعة الإسلامية ، وإنما هى تعتبر من النظام العام لأنها تمس كيان المجتمع وتعلق بالمصالح العليا الرئيسية ، فنبغى أن تكون تبعاً لذلك من النظام العام بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، بصرف النظر عن ديانتهم . وهذا ما ذهبنا إليه من قبل فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب . أنظر أحمد سلامة . الطبعة الثانية ١٩٦٢ ص ٣٤٠ هامش ٣ .

والواقع — كما قيل — أنه بالنسبة لمسائل الزواج وما يتصل به لا يوجد فيها ما يخل بالمجتمع ، فلا ضرورة لإلزامهم بأحكام الإسلام ، وخاصة لأن الزواج من أسس الأحوال الشخصية للإنسان فمن الواجب أن تراعى بالنسبة له عقيدة غير المسلم وشرعته ، بأن تكون هذه الشريعة هى الواجبة التطبيق (أنظر الدكتور محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية ، طبعة ١ فقرة ٣١٩ وما بعدها ص ١٦٨ وما يليها) .

(٢) أنظر فى تعريف النظام العام والمقصود به : رسالة الدكتور أحمد مسلم ، بعنوان : l'ordre Public devant le Juge égyptien (بالفرنسية) مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٠ ، ص ٢٨ وما بعدها . وانظر كذلك : عيد المنعم ويانى ، السابق ، فقرة ٢٨٦ وما بعدها ص ٣٤٥ . حامد زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٢ وما بعدها ص ١٩٣ . عز الدين عبد الله ، السابق ، فقرة ١٤٦ ص ٣٨٧ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، فقرة ٣٩ ص ١٢٣ . وانظر كذلك السهورى : الوسيط ، جزء ١ فقرة ٢٢٨ وما بعدها ص ٣٩٩ .

يوصلنا إلى تعريف عام شامل لما يمكن أن يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك، وخاصة إذا أدخلنا في اعتبارنا أن فكرة النظام العام فكرة نسبية غير ثابتة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي تختلف من دولة إلى أخرى، كما أنها في الدولة الواحدة قد تختلف من زمان إلى آخر، ولهذا فإنه يحسن أن يترك الأمر للقاضي يحدد فيه ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك، وهو يتولى تقدير النظام العام وقت الفصل في النزاع الذي يعرض عليه، مستهديا في تقديره بالحقائق الاجتماعية والسياسية والاقتصادية في البلاد، دون قيد بآرائه وميوله الشخصية^(١). فإذا ما توصل القاضي إلى أن القواعد التي أتت بها شريعة من الشرائع الطائفية لغير المسلمين تعارض مع ما يقره النظام الاجتماعي أو مع ما تتطلبه المصلحة العامة العليا للجمتمع، وكشف عن هذا التعارض، تعين عليه استبعاد حكم الشريعة الطائفية في هذا الصدد لتعارضها مع النظام العام؛ والقاضي إذ يقرر هذا إنما يخضع في قراره لمحكمة التقض^(٢).

وتبدو مهمة القاضي في هذا الصدد مهمة عسيرة، لأن الأمر - كما قد منا -

(١) جاء في المشروع التهديدي للقانون المدني، تعليقاً على المادة ١٨٨ التي صارت فيما بعد المادة ١٣٥ «والتى تنقضى بأنه «إذا كان على الالتزام مخالفاً لنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً»»، ما يلي: «وهما يمكن من أمر، فليس في الوسخ نبيذ فكر النظام العام، دون أن يستتبع ذلك اطراح ما توطد واستقر من التقاليد. وقد رؤى من الواجب أن يرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجدد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلاً إلى النظام القانوني ثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجسدة والحياة. يد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في المدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع لنظام العام أو الآداب. ما الواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدب به الجماعة بأسرها - لا مذهباً فردياً خاصاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢، ص ٢٢٢).

(٢) أنظر رسالة الدكتور مسلم، السابقة (بالفرنسية ص ٥٩، وهامش رقم ٣). من نفس الصفحة.

يتعلق بمسألة دقيقة حساسة قد يكون لها طابع ديني ، وهذا ما يجعلنا نترث كثيرا
أمام ما يعتبر مخالفا للنظام العام في هذا الصدد .

٦٩ مكرور - أمثلة لما يتعارض من شرائع غير المسلمين مع النظام العام :-
من الشريعة الاسرائيلية ارضاد الزوجة :

وقد عرض الأمر على المحاكم بعد إلغاء جهات القضاء الملى بالنسبة لمسألة
تعرضت لها الشريعة الاسرائيلية ، وهى خاصة بحالة من توفى عنها زوجها دون
أن ينبج منها ولدا وصيرورتها زوجة لأخ زوجها ، قضت باستبعاد هذا
الحكم لمناقضاته للنظام العام . وتفصيل ذلك أنه جاء فى كتاب الأحوال الشخصية
لابن شمعون نص يقضى بأن « المتوفى زوجها إذا لم يترك أولاداً وكان له شقيق
أو أخ لأبيه ، عدت له زوجة شرعا ، لا تحل لغيره ما دام حيا ، إلا إذا تبرأ
منها ... »^(١) . ولما عرض النزاع على محكمة القاهرة الابتدائية^(٢) . قررت .
أن هذا يخالف النظام العام ، وجاء فى حيثياتها ما يأتى :

« حيث إن المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى ألغى المحاكم الشرعية .
والمجالس المالية تقضى بأنه فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير
المسلمين والمتحدى الطائفة والملة تصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا
لشريعته . وحيث إن مدار البحث ينحصر فى هل القضاء بشريعة الخصوم
طبقا للقاعدة السالفة الذكر ، وهم من طائفة اليهود الربانيين ، يتعارض مع
النظام العام أم لا .

وحيث إن الزواج ما هو إلا عقد كباقي العقود ، من أركانه الرضا ، ولا يتم

(١) المادة ٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لابن شمعون .
وقد أحال النص بعد ذلك إلى المادة ٤٣ من نفس الكتاب وهذه بدورها أحالة إلى سفر التثنية .
الإصحاح ٢٥ بالنسبة لطريقة التبرؤ من زوجة المتوفى .

(٢) فى القضية رقم ١٠١٢ لسنة ١٩٥٦ فى ١٩٥٦/٦/٢٥ (مشار إليه فى إعقاب
اسماعيل ص ٦٤-٦٤ ، وفى المرجع لصالح حتى جزء ١ ص ٢٨١ .

إلا بعد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فركن الزواج الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر .

وحيث إن شريعة طرفي الخصومة تعتبر أرملة أخ المتوفى كزوجة لشقيق المتوفى بمجرد وفاة الشقيق ، وثبت لها حقوقا كالزوجة تماما ، بفرض نفقة لها على شقيق زوجها ، كل ذلك دون توقف على رضا الطرفين . إلا أنه قد يقال إن الشقيق يمكنه أن يتخلص من هذا الزواج بإعطاء أرملة أخيه « الخالصة » وهي أشبه بالطلاق لكي ينهى هذه العلاقة . ولكن الحال بالعكس بالنسبة لأرملة المتوفى ، فإنها لا يمكنها التخلص من الزواج إذا رغبت عنه في حالة قبول الشقيق للزواج مما يعدم الرضا من جانب الزوجة ، ويجعل الإرادتين غير متطابقتين ، الأمر الذي ترى معه المحكمة أن الأساس الذي بنيت عليه قاعدة الزواج متعارض مع قاعدة من النظام العام ، هي الرضا الواجب توافره من الطرفين لاعتقاد كافة المقود ، وهو في عقد الزواج الذي يجمع بين آدميين أُنْزِمَ ، لما لهذا العقد من عظيم الأثر والشأن ، ويتمين لذلك عدم الأخذ بقاعدة إِرْصَاد الأرملة لأخ زوجها لتعارضها مع النظام العام » .

ومن ذلك يتبين أن المحكمة رفضت أن تطبق قاعدة من القواعد التي جاءت بها الشريعة اليهودية بين أبنائها المتحدى الطائفة والملة ، على أساس أن تطبيق هذه القاعدة يتعارض مع النظام العام .

ومن ذلك يتبين أن المحكمة رفضت أن تطبق قاعدة من القواعد التي جاءت بها الشريعة اليهودية بين أبنائها المتحدى الطائفة والملة ، على أساس أن تطبيق هذه القاعدة يتعارض مع النظام العام .

على أن هذا الذي جاء به الحكم يدعونا إلى التساؤل عن حقيقة هذه القاعدة التي جاءت بها الشريعة اليهودية ، وخاصة أنها لم ترد في رأى لفقهاء أو لمجتهدين وإنما جاءت في الكتاب المقدس ، في عهده القديم بسفر التثنية ^(١) ، حيث نص

(١) الاسحاح ٢٠ الايات ٥ وما بعدها .

على أنه : « إذا سكن إخوة معاً ومات واحد منهم وليس له ابن فلا تصير امرأة الميت إلى خارج لرجل أجنبي . أخو زوجها يدخل عليها ويتخذها لنفسه زوجة ويقوم لها بواجب أخى الزوج ، والبكر الذى تلده يقوم باسم أخيه الميت لئلا يمحي اسمه من إسرائيل . وإن لم يرض الرجل أن يأخذ امرأة أخيه ، تصعد امرأة أخيه إلى الشيوخ وتقول قد أبى أخو زوجى أن يقيم لأخيه اسماً فى إسرائيل ، لم يشأ أن يقوم لى بواجب أخى الزوج ، فيدعوه شيوخ مدينته ويتكلمون معه ، فإن أصر وقال لا أرضى أن أتخذها ، تتقدم امرأة أخيه إليه أمام أعين الشيوخ وتملح نعله من رجله وتبصق فى وجهه وتصرخ وتقول هكذا يفعل بالرجل الذى لا يبنى بيت أخيه . فيدعى اسمه فى إسرائيل بيت مخلوع النعل » .

هذا هو ما جاء بالتوراه عن إرصاد الأرملة لشقيق زوجها المتوفى ، وقد اتسم اليهود فى شأن هذه المسألة ؛ فبالنسبة للقرائين لم يعد هذا الحكم معمولاً به عندهم لأنهم قد اعتبروه منسوخاً من يوم ذهاب الملك من إسرائيل وتشتتهم وزوال توارث الأرض بين الأسياط ، وهو ماشرع الحكم من أجله . ولكن الحكم لازال قائماً بالنسبة لليهود الربانيين ، وهم يعملون به وإن كانوا يقبلونه مع شدة تضجرهم منه ؛ كما أن منهم (الاشكنازيم) من اصطلاح على أن يتصل الرجل إذا كان متزوجاً ، وذلك لاصطلاح هذا الفريق من الربانيين على منع تعدد الزوجات ^(١) .

ومع هذا فإن الحكم لا يزال قائماً عند اليهود ، على الأقل عند الربانيين ؛ وإذا كان هذا الحكم يستند إلى كتاب سماوى ، على النحو السابق ، فإن فى

(١) مراد فرج : التراوژ والربانون ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ — ١٢٩ ، وكذلك شمار الحضر ، السابق ، ص ٩٣ .

١ اعتبار المحكمة أنه مخالف للنظام العام - نظرا لعدم توافر رضا الزوجة - ما يدعوننا إلى التريث في التسليم برأيها .

حقا إنه قد يكون للمحكمة العذر عندما استندت إلى نص المادة ٣٦ من كتاب ابن شمعون ، إذ أنه قد يفهم من عبارة « عدت له زوجة شرعا » أن أرملة الأخ تتول إلى أخيه بقوة القانون ، كما قيل . ولكن هذا الفهم يتعارض مع ما جاء بالتوراة في النص السابق إذ يتضح منه أن زوجة الأخ لا تصير لأجنبي بل يتزوجها أخوه ، ولهذا الأخ ألا يتزوجها . هذا هو ما ينبغي أن يفسر في ظله عبارة « عدت له زوجة شرعا » أي تصير زوجته إذا رغب في ذلك . وفي هذه الحالة يبرم بينهما عقد الزواج ، طبقا لما استقر عليه العمل في هذه الحالة ، بتراضى الطرفين . أما إذا لم يرغب أخو الزوج في هذا الزواج كان له أن « يتبرا منها » ومعنى ذلك أنه لا يتم الزواج بينهما بقوة القانون .

فما لاشك فيه إذن أن للزوج أن يتخلص من الزواج بأرملة أخيه ، وبالتالي يمكن القول بأن له حرية قبول هذا الزواج أو رفضه ، وهذا أمر مسلم به ، أي أن رضا الأخ متوافر في هذه الحالة . والواقع أنه إذا كانت النصوص تتكلم في هذا الصدد عن إعطاء الأخ الحق في التخلص من الزوج بأرملة أخيه ، فليس هذا إلا جريا على ما هو متبع في الشريعة اليهودية من إعطاء الرجل دائما الحق في إنهاء العلاقة الزوجية . ويتكلم الكتاب المقدس دائما عن حق الرجل في الطلاق وفي إيقاعه ^(١) ، ولكنه لم يتكلم صراحة عن حق المرأة في طلب الطلاق ، بل ولا عن حق الشرع نفسه في إنهاء العلاقة الزوجية ، مع أن من

(١) أنظر مثلا سفر التثنية ، الإصحاح ٢٤ الآية الأولى وما بعدها ، حيث يبين أن الرجل إيقاع الطلاق .

المسلم به أن للمرأة هذا الحق . كما إذا كان الرجل محبوباً أو مريضاً الخصبين أو عتيماً أو عقيم الماء أو خيث ربح الأتف أو الغم أو فاسد الأخلاق شريراً ، يضربها أو يطردها أو يتركها بلا نفقة ، أو كان يحترف بما لا يطاق أو مالا يليق من الحرف ، فكل هذه الصور تسوغ للمرأة طلب الطلاق ^(١) . وأما عن حق الشرع في إنهاء العلاقة الزوجية فهو ثابت أيضاً ، كما إذا تم المقد على المحرمات ، والرجوع إلى المطلقة بعد زواج الغير بها ، وارتكاب المرأة الفحشاء . كل هذه أمور ثابتة ^(٢) . وإذا كان الكتاب لم يتكلم عن هذين الحقين - حق المرأة وحق الشرع - صراحة كما تكلم عن حق الرجل ، فليس معنى ذلك أنه لا حق في الطلاق إلا للرجل وأنه ليس للمرأة أو الشرع طلبه ، وأن كل تفريق قضائي باطل ، وإلا ما كان هناك معنى لذلك الحق الذي للمرأة والشرع ، وهو بلا نزاع غير منكور ، ولا يمكن تصور الحق مجرداً أي بغير أن يكون في الإمكان تنفيذه ^(٣) .

ومن ذلك يتبين لنا أنه إذا كانت التوراة قد تكلمت عن حق الرجل في عدم قبول الزواج بدليل قولها « وإن لم يرض الرجل أن يأخذ امرأة أخيه ... » فإن هذا لم يكن إلا اتباعاً للسياسة التي أشرنا إليها من إعطاء الرجل دائماً حق إنهاء العلاقة الزوجية . ولهذا جعلت له التوراة الحق في عدم الرضا بالزواج .

(١) مراد فرج : المرجع السابق ، ص ١٦٦ . وانظر أيضاً المواد ٢٠٦ ، ٢١٠ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٦ ، ٢٢١ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون . كما أن هناك حالات يحرم فيها الزواج متى كان هناك ميب في الرجل ، أنظر المادة ٤٥ من الكتاب السابق .
(٢) أنظر بالنسبة للمحرمات المواد ٣٧ وما بعدها من ابن شمعون ، وبالنسبة لحالة الزنا ، المواد ٨١ وما بعدها . وبالنسبة للرجوع إلى المطلقة بعد زواج الغير بها ، أنظر سفر التثنية الأصحاح ٢٤ الآيات من ١ إلى ٤ .
(٣) مراد فرج ، المرجع السابق ، ص ١٧٠ ، وانظر أيضاً ص ١٧١ .

ولكنها لم تصرح بإعطاء المرأة مثل هذا الحق جريا على السياسة السابقة .
ومع ذلك فإن مجموعة الأحوال الشخصية للربانيين تبيح للأرملة أن ترفض
الزواج بشقيق زوجها في بعض الصور . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢١٠
من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون بقولها : « إذا مات الرجل عن غير
عقب وكان أخوه مميّا مثله في رثته أو في حرفته ، فلها شرعا أن ترفض الزواج
به ، وعليه إيراؤها ، ولا تسقط حقوقها » . ومن هذا يتبين أن للأرملة أن
ترفض الزواج في هذه الصورة ، وبالتالي يعتبر رضاها متوافرا .

لكن إذا كان قد نص في هذه الحالة على إعطاء المرأة الحق في أن
ترفض الزواج من أخ زوجها ، فهل يفهم من ذلك أنه خارج هذا النص لا يكون
لها أن ترفض ؟ لاشك أن هذا الاستنتاج لا يتفق مع ما رأيناه من مسلك التوراة في
نصها على حقوق الرجل في التخلص من الزوجية . دون أن تنص على حقوق المرأة
مع أن هذا أمر ثابت لاشك فيه . فإذا لم يكن هناك نص صريح يحولها التخلص
من الزواج بأخ زوجها ، كما نص عليه بالنسبة للأخ ، فإن هذا ليس إلا اتباعا
لسياسة عدم التكلم صراحة عن حق المرأة في التخلص من رابطة الزواج ، على
نحو ما قدمنا .

ومن ناحية أخرى ، فإن الاستنتاج السابق يتعارض مع ما استقر عليه
العمل في هذا الصدد ، ذلك أنه ينبغي أن نعرف حقيقة ما يجري في هذه
الحالة من حيث الواقع وما عليه العمل . فمن المعروف أن الأرملة لا تصير زوجة
لشقيق زوجها بقوة القانون ، أي أنها لا تنتقل إليه انتقالا آليا بمجرد وفاة زوجها
دون ذرية ، كما تنتقل التركة أو المتاع ، دون توقف على رضاها . إن هذا فهم

غير صحيح لمسألة إرصاد زوجة الأخ ، لأن الرضا لا بد من توافره في الزواج ، أى لا بد من توافر رضا الأرملة بزواجها من شقيق زوجها المتوفى . وهذا أمر لا جدال فيه ، وتبا لذلك لا بد من أن تتخذ إجراءات الزواج أمام الهيئة الشرعية في هذه الحالة . هذا ما عليه العمل فعلا ، وهو ما أيده شراح اليهود أنفسهم . إذ يقول أحدهم في هذا الصدد « إن زواج الأخ من زوجة أخيه المتوفى دون عقب لا يمكن أن يتم إلا برضا الزوجة » (Le lévirat ne peut être exercé que du consentement de l'ibama)^(١) .

وعلى ذلك فلا بد من توافر رضا الزوجة ، بل إنه إذا كانت الزوجة (الأرملة) قاصرآ تم الزواج برضا والدها ، وللزوجة الأرملة (ibama) القاصرة في هذه الحالة أن ترفض زواجها بشقيق زوجها ، وتستطيع أن تتزوج من أجنبي دون أن تحصل على « الخالصاء » (أى الخلاص) من شقيق زوجها^(٢) .

من هذا كله يتضح لنا أن الرضا بالزواج متوافر في هذه الحالة ، سواء من جانب الرجل أم من جانب المرأة ، وبالتالي يسرى على هذا الرضا ما يسرى عليه في أية صورة من صور الزواج . ولهذا لازلنا نعتقد أن ما ذهبت إليه محكمة القاهرة في حكمها السابق من عدم توافر الرضا ومخالفة ذلك للنظام العام ، لا يقوم على أساس سليم ،

(١) وكل ما هنالك أنه إذا ما رفضت الأرملة الزواج دون أسباب ، شرعية ، ترتبت على ذلك نتائج معينة نعرض لها بعد قليل . لكن المهم في هذا الصدد هو ضرورة رضا الأرملة لإتمام الزواج ، أنظر في هذا كتاب « سالمون طيبي » :

S salomon Tibi : Statuts personnels des israélites , t. III , (Tunis 1922 chapitre 15 - " Du Lévirat et de la halitza " notamment P. 14, note No. 1

(٢) المرجع السابق ، ص ١٤ ، وقد جاء فيه أن :

(L' ibama mineure peut refuser le levirat et se remarier avec un étranger sans recevoir la halitza) .

ولا يتفق مع ما يفهم من الكتاب المقدس ، ولا مع ما يجري عليه العمل ، ولا مع ما قال به الشراح من أبناء اليهودية أنفسهم ، وبالتالي لا يخالف النظام العام .

ولعل ما يلفت النظر في هذا الشأن ناحية أخرى تحتاج إلى إيضاح فإتينا أن تقوم به في الطبعة الأولى من هذا الكتاب . ذلك أن ما يلفت النظر حقاً إنما هي النتائج التي قيل بترتبها في حالة عدم الموافقة على الزواج من أرملة الأخ ، وقد يكون ذلك من جانب الأخ نفسه ، كما قد يكون من جانب الأرملة فإذا ما تبرأ الأخ منها ، ورفض الزواج بها أصبحت في حل من الزواج به ، ولها أن تتزوج غيره . هذا هو ما يتضح من التوراة ، ومن المصادر الأخرى ولا يكون لها أية حقوق قبله ترتب على هذا الرفض وإذا قيل بأن لها أية حقوق قبله ، عد هذا مخالفاً للنظام العام . أما إذا كان الرفض من جانب المرأة وهي تملك ذلك . ولم يكن لهذا الرفض أسباب مشروعة ، فإنه يترتب على ذلك نتائج بينها بعض الشراح ، إذ قيل إنها تفقد حقوقها في عقد الزواج (كتوبا (Ketouba) ، كما لا تستطيع أن تتزوج مرة أخرى من أجنبي ، طالما بقي إخوة زوجها ، الذين يستطيعون الزواج بها ، أحياء ^(١) . والواقع أن ترتيب مثل هذه النتائج على رفض أرملة الأخ ، إنما يتعارض مع النظام العام . لأنه منع لها من الزواج ، وهو ما يناق إحدى الحريات الأساسية ، وبالتالي يخالف النظام

(١) Salomon Tibt المرجع السابق ونفس المكان المشار إليه .

ويقول في هذا الصدد :

“mais si la Veuve refuse le lévirat sans motifs légitimes, elle perd ses droits à la Ketouba et ne pourra se remarier avec un étranger d'vivant de ses beaux-frères aptes au lévirat”.

العام^(١) . فإذا كان للزوجة حرية عدم المواضة على الزواج ، وهو ما قرره ،
فإننا لا نقر النتيجة التي ترتب عليه وهي الحرمان من الزواج على النحو السابق .
ولهذا نرى عدم الاعتداد بها ، ويكون للزوجة أن تتزوج من أجنبي حتى في حياة
إخوة زوجها .

وهناك ناحية أخرى قد تثير شبهة وجود ارتباط بين الأخ وأرملة أخيه ،
وهي مسألة « الحالصة » (الخلاص) ، واستزام إعطائها في حالة عدم التزوج
بأرملة الأخ ، وذلك إذا كانا بالعين . فإذا كانت الأرملة قاصرا ، يلزم عند بلوغها
اتباع الاجراءات اللازمة لعمل « حالصه » أخرى^(٢) . هذا ، وإذا ما امتنع أخ
المتوفى عن إعطاء « الحالصة » فإن المحكمة تستطيع أن ترغمه على إعطائها ،
كما أنه إذا تمت « الحالصة » معية مبيب من الميوب ، سواء من حيث
الشكل أم من حيث الموضوع ، يعاد إجراؤها بعمل « حالصه » أخرى^(٣) .

هذا ما يتعلق باستزام إعطاء « الحالصة » ، فهل يعني ذلك أنه يلزم
إعطاؤها نظراً لأن هناك رابطة ؟ لانتقد ذلك ، وإنما « الحالصة » ليست
أكثر من التعبير عن الرغبة في عدم التزوج بها ، سواء كانت قد صدرت من
الأخ مباشرة ، أم كانت قد صدرت منه بناء على رغبته هي إذا رفض وأرغمته
المحكمة على إعطائها . فالخالصة إذن ليست دليلاً على وجود رابطة كالزواج ،
كما أنها ليست طلاقاً . لأنه ليس هناك زواج ، ولاختلاف ما يترتب عليهما
من نتائج .

الخلاصة إذن أن رضا الزوجة يوجد في حالة الزواج من أخ زوجها المتوفى .

(١) ولهذا الحكم ما يمانه لدى بعض الطوائف المسيحية ، على ما سترى فيما يلي ، حيث
قد تحرم المطلقة من التزوج .

(٢) Saloman Tibi ، السابق ص ١٥ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥ و ١٦ .

فهي لا تنتقل إليه آليا دون رضاها . بل لها أن قبل الزواج أو ترفضه .
ولذلك لا يمكن القول بأن هذا يتعارض مع النظام العام . أما ما يترتب على
عدم الموافقة على الزواج ، من نتائج فانه يمكن اعتبارها متعارضة مع
النظام العام ^(١) .

امثلة أخرى : ويشير الفقه إلى أمثلة أخرى جاءت بها شرائع غير
المسلمين ، على اعتبار أن ما جاء فيها يعتبر مخالفا للنظام العام .
من ذلك ما جاء في المجموعات الحديثة للاقباط الارثوذكس ^(٢) من أنه
« يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر
إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج » . وفي هذا
الحرمان من الزواج - كما قيل - قضاء على حرية أساسية من الحريات العامة
وهي حرية الزواج وتكوين الأسرة ، وهذا يتناقى مع النظام العام ^(٣) .
ومن ذلك أيضا ما سكنت عنه بعض الشرائع المالية ، كالكاثوليك ، من

(١) ولعل في هذه النتيجة التي وصلنا إليها ما يقرب بين وجهة نظرنا ووجهة نظر الزملاء .
الذين قالوا إن حرية الرضا غير متوافرة بالمرّة بالنسبة للزوجة التي تصير زوجة شرعا بقوة
القانون ، وهناك مخالفة للنظام العام مطلقا دون تحققة بين الرضا والنتائج التي تترتب على رفض
الزواج . فالنتائج التي يقال بترتبها هي التي تتعارض مع النظام العام . وإذا سلمنا بذلك أمكن
القول بزوال ما بيننا وبين البعض منهم من خلاف في وجهه النظر (أنظر أحمد سلامة ، الطالبة
الثانية رقم ١٦٥ ص ٣٤٢ وما بعدها خاصة آخر ٢٤٥ وأول ٣٤٦ . وانظر كذلك من
القائلين يتعارض هذه القاعدة مع النظام العام : إهاب اسماعيل ، السابق وأصول الأحوال الشخصية ،
السابق رقم ١٥١ ص ٢٤٥ . جميل الشرفاوي (١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٤٦ هامش ٣ .
عبد الودود محيي ، السابق ص ٧٩ .

(٢) أنظر مجموعة ١٩٢٨ مادة ٦٩ ومجموعة ١٩٥٥ مادة ٦٤ .

(٣) أنظر : إهاب اسماعيل : المرجع السابق ، فقرة ٢٢ ص ٦٥ ؛ جميل الشرفاوي :
الكتاب الثاني (سنة ١٩٥٨) ص ٢١ .

حيث استلزام فترة العدة بعد انتهاء الرابطة الزوجية . إلى عدم استلزام مرور فترة العدة يتعارض مع النظام العام في المجتمع ، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب ولذلك إذا ما وجدت شريعة من الشرائع الخاصة بغير المسلمين ، لا تأخذ بهذا الحكم كان ذلك مخالفاً للنظام العام^(١) .

ومن الأمثلة في هذا الصدد كذلك ما يوضع من قيود على حرية الأفراد في قبول الزواج أو رفضه ، أي في عدولهم عن الخطبة . فكل قيد يحد من حرية الأفراد في العدول عن إتمام الزواج يعتبر باطلاً ، سواء كان هذا القيد مباشراً أم غير مباشر عن طريق استلزام تعويض وفرض مغانم مالية على مجرد العدول في ذاته ، أو عن طريق الاتفاق على شرط جزائي^(٢) .

ومما يكتن من الأمر ، فإن الحالات التي تعتبر فيها شريعة غير المسلمين في

== ومع ذلك ينبغي أن يراعى في هذا الصدد ما جاء في المسألة ٢٧ من الخلاصة القانونية للإذونات فيلوثاؤس من أنه : يترتب على الفسخ . . . حصول البرئ من السبب الموجب للفسخ على استحقاق الزواج بآخر ، ومتى شاء فله ذلك . أما من كان سبب الفسخ من قبله ، فإن كان السبب مما يمكن زواله بته ، فإن صح ذلك وثبت زوال المانع عنه ورغب الزواج بواسطة الشريعة يحجب لذلك ، وإن كان السبب مما لا يمكن زواله قطعاً فيمنع من الزيجة مطلقاً » .

(١) أنظر جيل الشرفاوي ، المرجع السابق (١٩٥٨) ، ص ٢١ . وقد ابتدأ بعض بحق التفرقة في هذا الصدد بين المسلمين الذين يلتزمون باحترام فترة العدة ، وبين غير المسلمين فيما بينهم والذين لا يلتزمون بانتظار فترة العدة . ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بمسألة تمس العقيدة الدينية ، ولذلك فلا محل للتفرقة بين المسلمين وغير المسلمين (أنظر رسالة الدكتور أحمد مسلم ، السابق الإشارة إليها ، ص ١٦٥) ، فضحية من اختلاط الأنساب ينبغي أن تفرض فترة العدة بالنسبة للجميع .

وانظر أيضاً في صدد مسألة العدة وفي الاعتداء على حق مسلم : بطرس كساب ، وسائل السابقة ، ص ٣١١ وما أشار إليه من مراجع في المجلد ١ و ٢ من هذه الصفحة .

(٢) أنظر بحثنا السابق : طبيعة القانونية للخطبة وأساس تنويض في حالة العدول عنها سنة ١٩٦٢ خاصة رقم ٤٢ ص ١١٧ وما بعدها ، وهو منشور بمجلة الحقوق ، كما سبق .

مصر مخالفة للنظام العام إنما هي حالات نادرة ينبغي الحذر في النظر إليها وفي اعتبار ما إذا كانت مخالفة للنظام العام . ولعل القضاء يكشف لنا عن أمثلة أخرى تنضح فيها هذه المخالفة . فإذا ما تبين للقاضي - بعد التريث وبمبحث حقائق الأمور وأصولها - أن هناك قاعدة من القواعد في شريعة غير المسلمين ، كان من المتعين أن يطبقها في شأن النزاع المعروض أمامه ، تخالف النظام العام ، على النحو الذي بيناه من قبل ، امتنع عن تطبيق هذه القاعدة على الرغم من اتحاد الخصوم في الطائفة والملة ، وعلى الرغم من وجود جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، وهو إذ يستبعد شريعة غير المسلمين في هذه الحالة ، ينبغي أن يطبق الشريعة العامة ، وهي الشريعة الإسلامية .

المبحث الرابع

الآثار التي تترتب على تخلف شرط من الشروط السابقة

٧٠ - الآثار من حيث الاختصاص القضائي والتشريع :

رأينا فيما سبق أن المشرع قد استلزم شروطا ثلاثة لكي تطبق شريعة غير المسلمين من المصريين ، نص عليها في المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وقد عرضنا لها بالدراسة في المباحث الثلاثة السابقة . ولا جدال في أن توافر هذه الشروط يترتب عليه أثره من حيث تطبيق شريعة غير المسلمين . لكن يثور التساؤل في هذا الصدد ، عندما يتخلف شرط منها أو عندما تتخلف جميعها عن الأثر الذي يترتب على ذلك ؟

يشير هذا الموضوع بمبحث مسألتين ينبغي أن نتعرض لهما : الأولى خاصة بأثر تخلف شرط من هذه الشروط أو تخلفها كلها من حيث الاختصاص القضائي ، والثانية وأثر هذا التخلف من حيث الاختصاص التشريعي .

سبق الإلماع إلى أن المشرع قد عهد بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية إلى دوائر تشكل بالمحاكم للفصل في مسائل الأحوال الشخصية ، فإمدى اختصاص تلك الدوائر بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية عندما تتخلف الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين ، أو عندما يتخلف أحدها ؟ وهل يناط بتلك الدوائر ، وبصفة خاصة بالنسبة لغير المسلمين ، تطبيق شريعتهم الطائفية فقط ، أم أن من الممكن للدوائر الخاصة بغير المسلمين أن تفصل بين الخصوص كذلك طبقاً للشريعة الإسلامية ؟ وبمعنى آخر ، إذا ما تختلف شرط من شروط تطبيق شريعة غير المسلمين هل يمكن أن تحكم دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، بعدم الاختصاص ، أم أن لها أن تفصل في الموضوع وتطبق الشريعة الإسلامية ؟ هذه ناحية أولى يتعين بحثها . ومن ناحية أخرى إذا كان من المتعين تطبيق الشريعة الإسلامية عندما لا تسافر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ فأى قواعد الشريعة الإسلامية تكون واجبة التطبيق . هل تطبق القواعد الموضوعية الخاصة بالمسلمين ، أم تطبق القواعد الخاصة بأهل النمة والتي تضع الشريعة الإسلامية أسس تطبيقها ؟ هذه هي الأسئلة التي تثار في ذهن عندما تتخلف الشروط التي نص عليها المشرع في المادة السادسة سالفة الذكر . ولهذا يمكننا أن قسم البحث إلى قطعتين رئيسيتين . نبعث في الأولى أثر تختلف الشروط السابقة من حيث الاختصاص القضائي . ونبعث في الثانية هذا الأثر من حيث الاختصاص التشريعي .

٧١ - أولاً - من حيث الاختصاص القضائي : لقد كان الوضع فيما مضى يختلف عنه في الوقت الحاضر ، إذ كانت هناك المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، والمحاكم الشرعية لليهود ، على النحو الذي يبيناه من قبل . وكان اختصاص

المجالس المالية والمحاكم الشرعية لليهود قاصراً ، كما قدمنا ، على حالة واحدة فقط ، هي حالة اتحاد الخصوم في الطائفة والملة في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد كانت تلك الجهات القضائية تطبق شرائعها الطائفية كقاعدة عامة ، للارتباط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي . كما كانت المحاكم الشرعية تختص بكل منازعات الأحوال الشخصية سواء بالنسبة للمسلمين أم بالنسبة لغير المسلمين في كل حالة لا تتوفر فيها الشروط اللازمة لاختصاص الجهات المالية .

ولقد كان قيام جهات قضاء متعددة في مسائل الأحوال الشخصية مشأراً للمنازعات ، وغالباً ما كانت تلك الجهات تصدر أحكاماً متناقضة في النزاع الواحد ، مما كان يتعذر معه تنفيذها ، ومما أدى إلى تدخل المشرع بتنظيم هذا الموضوع في المادة ١٩ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المعدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ ، لعرض الأمر على الجمعية العمومية لمحكمة التفتش للفصل في أي الأحكام يجب تنفيذه^(١) .

(١) تنص المادة ١٩ معدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ على أنه :
« إذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام إحدى المحاكم وأمام محكمة القضاء الإداري أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس المالية ، ولم تتدخل إحداها من نظرها ، أو تمكنت كلها ، عنها ، يرفع طلب تعيين المحكمة التي تتصل فيها إلى محكمة التفتش متقدمة هيئة جمعية عمرمية يحضرها علي الأقل أحد عشر مستشاراً من مستشاريها .
تختص هذه المحكمة كذلك بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من إحدى المحاكم والآخر من محكمة القضاء الإداري أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس المالية أو صادر كل منهما من إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس المالية . وانظر كذلك المادتين ١٦ و ٢١ من قانون السلطة القضائية الصادر في ٢١ فبراير ١٩٥٩ (الجريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرر ب غير اعتيادي في ٢١ فبراير ١٩٥٩) .

إلا أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد ألغى جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية ، ولذلك لم يعد هناك مجال لبحث ما كان يترتب على تعدد جهات القضاء من نتائج ، وقد أصبحت المحاكم العادية تختص بالنظر في جميع مسائل الأحوال الشخصية بموجب المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المعدلة بالقانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ والتي أصبحت بعد تعديلها تنص على أن « تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات وفي المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص »^(١) . واختصاص المحاكم العادية في مسائل الأحوال الشخصية أصبح يشمل المصريين جميعاً من مسلمين وغير مسلمين كما يشمل الأجانب ، وبذلك زالت أهمية تحديد الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية .

ولكن القانون ٤٦٢ نص في المادة الرابعة على أن « تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزئية وابتدائية واستئنافية وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون نظام القضاء ، لتظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المليية » . كما نصت على أن « تصدر الأحكام من محكمة النقض في القضايا المذكورة من دائرة الأحوال الشخصية ، ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بها » .

وعلى أثر نقل الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية إلى المحاكم العادية ، قامت المحاكم بتشكيل دوائر للنظر في منازعات الأحوال الشخصية ، ومن هذه

(١) أنظر المادة ١٢ من قانون نظام السلطة القضائية في ٢١ فبراير ١٩٥٩ ، وهي تنص على أنه : « تختص المحاكم بالنظر في كافة المنازعات وفي جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » .

الدوائر ما هو خاص بالمسلمين ومنها ما هو خاص بغير المسلمين ، هذا إلى جانب .
دوائر أخرى خاصة بنظر الأحوال الشخصية للأجانب .
وهنا يثور البحث بالنسبة لتشكيل هذه الدوائر ، هل هذا التشكيل لا يمدو
أن يكون مجرد تقسيم إداري يقوم به الجمعية العمومية لكل محكمة ، ومعنى .
ذلك أنه لا يترتب عليه حرمان الدوائر المختلفة من النظر في مسائل أخرى غير
المسائل التي تعطى لها للفصل فيها بصفة أساسية ، وبالتالي لا يجوز الدفع أمامها
بعدم الاختصاص ، أم أن هذا التشكيل يترتب عليه ألا تختص هذه الدوائر
إلا بنظر المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية والتي تعطى لها بصفة أساسية ،
ومعنى ذلك أنها لا تختص بالنظر في غير تلك المنازعات ، وبالتالي يمكن الدفع
أمامها بعدم الاختصاص بالنسبة لما يعرض عليها من منازعات تخرج عن المسائل
التي تختص بها بصفة أساسية . ولكن نحدد ما نحن بصدد ، يمكننا أن نقول إن .
هناك دوائر الفصل في منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين ودوائر أخرى
خاصة بالفصل في الأحوال الشخصية للمسلمين أو لغير المسلمين من مختلف الطائفة
والملة ؛ والأولى تطبق الشرائع الطائفية ، والثانية تطبق الشريعة الإسلامية .
فامدى اختصاص دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بنظر النزاع الخاص بغير
المسلمين . هل تنظر هذا النزاع إذا توافرت الشروط المؤدية إلى تطبيق شريعة
غير المسلمين فقط ؟ أم أنها تنظره حتى ولو لم تتوافر هذه الشروط وبالتالي .
تطبق الشريعة الإسلامية ؟ وهل يمكن أن يدفع أمامها في هذه الحالة الأخيرة
بعدم الاختصاص ؟ هذا ما أثار الخلاف واهتمت في شأنه أحكام القضاء بعد .
صدور القانون ٤٦٢ وقل الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية إلى
المحاكم العادية .

١ — في اتجاه أولي قيل إن اختصاص دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

قاصر على تطبيق شريعة غير المسلمين . وتبعا لذلك إذا ما عرض على دائرة من هذه الدوائر نزاع بين خصوم مختلفين في الطائفة والملة ، أو لم تتوفر شروط تطبيق شريعتهم الطائفية ، فإن دائرة الأحوال الشخصية ، وقد نيط بها تطبيق شريعتهم ، لا تكون مختصة بالفصل في النزاع في هذه الحالة ، لأنها لن تطبق شريعتهم ، بل سيتعين عليها تطبيق الشريعة الإسلامية ، وهذا أمر خارج عن اختصاصها ، وبالتالي فإنه يمكن الدفع أمام تلك الدائرة بعدم الاختصاص . بل إن الدفع بعدم الاختصاص يعتبر من النظام العام ويكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وسند هذا الاتجاه أنه وإن كان إلغاء المحاكم الشرعية والمالية قد ترتب عليه توحيد جهات القضاء وتركيزها في المحاكم العادية ، إلا أن هذا التوحيد لا يمنع من أن توجد في المحاكم دوائر تختص كل منها بنوع من القضايا ، ويقتصر عليها وحدها دون غيرها ، كما أنها لا تختص إلا بهذا النوع من المنازعات . وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم إلى هذا الرأي ، قضت بعدم اختصاصها بخروج الزوج عن الدين المسيحي وبالتالي لاختلاف ملة الخصوم . وقد جاء في حكم لا يحدى المحاكم ما يأتي : « إن هذه المحكمة بمحکم تكوينها ، باعتبارها محكمة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ليس لها الولاية قانونا في تطبيق ما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ^(١) ، وأن اختصاصها قاصر على إصدار أحكامها في نطاق النظام العام طبقا لشريعة غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون ، وذلك عملا بنص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وحيث إنه متى كان ذلك .

(١) إذ كان من المفروض في هذه الحالة أن تطبق المحكمة الشريعة الإسلامية على الخصوم لاختلافهم في الطائفة والملة .

فكون هذه المحكمة غير مختصة نوعيا بنظر هذه الدعوى ، وذلك عملا بنص المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية . وحيث أن اختصاص المحكمة بسبب نوع القضية هو من النظام العام ، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى عملا بالمادة ١٣٤ من قانون المرافعات وإحالتها إلى المائرة المختصة بنظر الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ، وذلك عملا بالمادة ١٣٥ مرافعات ^(١) .

هذا هو الاتجاه الأول ، ومنه يتبين لنا أن المحاكم تقضى بعدم الاختصاص كلما تطلب الأمر تطبيق شريعة غير التي يتعين عليها تطبيقها ، باعتبارها تفصل بين غير المسلمين المتحدين في الطائفة والملة طبقا لشريعتهم . ولكن يبدو أن هذا الاتجاه ليس هو الاتجاه السائد ، ولا يليق تأييد الفقه .

٢ — أما الاتجاه الثانى فهو ، كما يبدو ، يعتبر الاتجاه الغالب في هذا الصدد .

(١) حكم بتاريخ ١٢/٦/١٩٥٦ قضية رقم ١١٠ لسنة ١٩٥٦ كلى شين الكوم ، المذكور في إهاب اسماعيل ، ص ٨٠ .

وقد اتجهت بعض أحكام أخرى هذه الوجهة ، حيث قضى بأنه إذا غير أحد الخصوم ديانته إلى الإسلام أثناء سير الدعوى ، فإن الدعوى تنحل إلى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين ، وكانت الدعوى قد رفعت أمام دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فلما غير الزوج ديانته إلى الإسلام رأت المحكمة أن الأحكام المقررة بثلاثة ترتيب المحاكم الشرعية هي الواجبة التطبيق عملا بالمادة ٦ من القانون ٤٦٢ ، ولذلك قررت إحالة الدعوى إلى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين لفصل فيها .

(محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين في ١٠/١٢/١٩٥٧ ، القضية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٧ كلى غير مسلمين (غير منشور) ، وانظر كذلك حكما آخر من محكمة دمنهور الابتدائية في القضية رقم ١ لسنة ١٩٥٦ جلسة ١٥/٤/١٩٥٦ مذكور في المرجع لصالح حتى جزء ١ ص ٣١٧ - ٣١٨ . وكذلك لاسكندرية الابتدائية قضية رقم ١٩٤ س ١٩٥٦ كلى أورده صالح حتى جزء ٢ رقم ٤٧ ص ٥٩ ، وأورده خنجاى ورابع السابق ٢٣٧ رقم ٩ . وقد جاء في هذا الحكم « إن اختصاص هذه الدوائر محدود بما كان للمحاكم الشرعية من اختصاص . وليس لها أن تتدغم ، وإلا كان حكمها فاقده الحجية لصدوره من جهة لا ولاية لها .. » .

وطبقا لهذا الاتجاه الثاني ، لا تقتضى المحاكم بعدم الاختصاص ، لأن توزيع الاختصاص على دوائر الأحوال الشخصية إنما هو عمل إداري يتم بمقتضى قرار الجمعية العمومية لـكل محكمة ، فتخصص دائرة الفصل في الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ودائرة الفصل في الأحوال الشخصية للمسلمين . وإذا كانت الدوائر الخاصة بغير المسلمين تطبق في الأصل شريعة غير المسلمين المتحدين في الطائفة والملة ، فإنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق الشريعة الإسلامية إذا اختلف الخصوم من حيث الطائفة والملة ، أو بصفة عامة إذا لم تتوفر الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين . ولا ينبغي أن تسلب ولاية اختصاص دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين وللمجرد عدم توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ؛ وذلك لأن التوزيع ليس إلا توزيعا إداريا لم يقصد به سوى التخصص في نوع معين من القضايا ، كما هو الحال بالنسبة للدوائر التجارية في المحاكم ؛ ولم يقصد به قصر الاختصاص على قضاة معينين على نوع معين من القضايا ، وبالتالي فإن هذا التوزيع لا يتعارض مع اختصاص هذه الدوائر بنظر دعاوى أخرى طالما أنها تدخل في نطاق اختصاصها النوعي والمحلي (١) .

وقد اتجهت أحكام كثيرة إلى هذه الوجهة الثانية ؛ ومن هذا ما قضت به دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بمحكمة الاسكندرية الابتدائية في أكثر من حكم لها ، من أن « قرار الجمعية العمومية الذي ناط بهذه الدائرة نظر مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين وترك للدوائر أخرى المسائل الشرعية ، لا يسلب ولاية هذه الدائرة بنظر الدعوى وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن هذا مجرد توزيع داخلي للعمل ، خاصة وأن الطرفين ارتضيا هذا الاختصاص » (٢) .

(١) انظر كذلك : إهاب - إسماعيل ٢ ص ٨٢ - ٨٣ .

(٢) الاسكندرية الابتدائية لغير المسلمين . في ٢٩ يناير ١٩٥٧ قضية رقم ٤٦ لسنة

١٩٥٦ (غير منشور) ، وقد أوردته كذلك صالح حنفي جزء ٢ رقم ٢٩٩ ص ٤٠٢ .

كما قضت أيضاً بأنه « لا يحول تخصيص دائرة بمحكمة الاسكندرية لنظر المسائل الشرعية دون اختصاص هذه الدائرة بنظر الدعوى وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، باعتبار أن هذا توزيع داخلي للعمل ^(١) » .

وفي حكم آخر صادر من محكمة جزئية جاء : « إن المحاكم الوطنية أصبحت هي المختصة بجميع مسائل الأحوال الشخصية للمصريين مهما كان دينهم أو ملتهم . غاية الأمر أن ضرورات العمل اقتضت إدارياً توزيع العمل بموجب قرارات من الجمعيات العمومية للمحاكم ، فأنشئت عدة محاكم جزئية وابتدائية واستئنافية ساهمت كل بنصيب من العمل . وكانت هذه المحكمة من بين المحاكم الجزئية المنشأة . وتحدد اختصاصها بموجب قرار الجمعية العمومية لقضاة محكمة الاسكندرية المنعقدة في ٢١/١٢/١٩٥٥ بنظر قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، دون تفرقة أو تمييز بين ما إذا كان الخصوم قد اتحدوا ملة أو اختلفوا فيها . ولم ينل من هذا الاختصاص أى تعديل في الجمعيات العمومية التالية ... ولا محل لإحجام المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في هذا الشأن لأنها لم تتحدث مطلقاً عن تحديد اختصاص المحاكم ، وإنما تعرضت ببيان القانون الموضوعي الواجب التطبيق على المنازعات فحسب ^(٢) » .

والواقع أنه لا يمكن الاستناد في توزيع الاختصاص بين دوائر الأحوال الشخصية ونصر اختصاص كل منها على نوع معين من القضايا إلى ما جاء في المادة ٦

(١) قس الدائرة السابقة في ٢٦ فبراير ١٩٥٧ قضية رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ كلى غير مسلمين (غير منشور) . وكذلك حكماً في ٢٦/١١/٥٧ قضية رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٧ صالح حنفي رقم ٤٣ ص ٤٧ جزء ٢ .

(٢) اسكندرية الجزئية لغير المسلمين ، في ١٠/٩/١٩٥٦ قضية رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) . وكذلك المحكمة نفسها في ١٦/٤/٥٦ رقم ٣٢ ص ١٩٥٦ في صالح حنفي ٢ رقم ٢/٧١٣ ص ٥٣٥ .

من القانون ٤٦٢ ، ذلك لأن المادة السادسة تكلمت ، كما هو واضح في قرتها الأولى ، عن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية - طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - على منازعات الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية قبل إلغائها ؛ فهي تتكلم فقط عن الأحكام الواجبة التطبيق ، ولا شأن لها بتوزيع الاختصاص . وهذا ما هو مفهوم أيضاً من الفقرة الثانية من نفس المادة في شأن تطبيق شريعة غير المسلمين إذا توافرت الشروط المنصوص عليها .
وهناك أحكام أخرى صادرة من محكمة القاهرة الكلية تؤيد هذا الاتجاه^(١) .

ونحن نعتقد من جانبنا أن الاتجاه الثاني هو الاتجاه السليم ، ذلك لأن توزيع العمل ، كما قدمنا ، بين دوائر الأحوال الشخصية ، إنما هو عمل إداري

(١) من ذلك ما قرره إحدى الدوائر : « ومن حيث إن الدفع بعدم الاختصاص أصبح غير ذي موضوع بعد صدور قانون توحيد القضاء ، وأن ترتيب العمل في الدوائر هو عمل إداري لا يرفع ولاية المحكمة عن النظر في أية قضية من قضايا الأحوال الشخصية التي ترفع إليها ولم تنشأ التخلي عنها ، وكل ما يريه القانون في هذه الحالة أن الدائرة تطبق القانون على الطرفين حسبما يقتضيه الفصل فيها ديانة » .

(الدائرة ٢٤ بمحكمة القاهرة الكلية في ١٩٥٦/٥/٢٧ القضية رقم ٥٤٣ لسنة ١٩٥٦ كلى القاهرة ، مشار إليه في إهاب اسماعيل ص ٨٣) . وقد أشار أيضاً إلى حكم آخر من دائرة أخرى (انظر ص ٨١ - ٨٣) ، بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢ في القضية رقم ١٥٩٦ لسنة ١٩٥٦ كلى القاهرة ، وقد جاء في هذا الحكم الأخير ما يلي : « نصت المادة السادسة على أنه بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، تصدر الأحكام طبقاً لشرعيتهم . ولم يشتر القانون إلى إنشاء دوائر خاصة بغير المسلمين » كل ما في الأمر أنه أشير في المادة السادسة إلى أن القانون الواجب التطبيق هو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ولكن لا إلزام في الدائرة التي تطبق هذه الشريعة طالما أنها على الأقل من الدوائر المختصة نوعياً ومجالياً بمسائل الأحوال الشخصية على العموم . ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص أصبح غير ذي موضوع ويتعين رفضه » .

وانظر للمحكمة نفسها حكماً في ١٩٥٧/١٠/٢٧ رقم ٢٧٨ س ١٩٥٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٠ ص ٣٨٣ أودده خفاجي ورايح ص ٢٢٧ رقم ٦

قصد به فقط إيجاد قضاة متخصصين في مسائل الأحوال الشخصية . ولا يعنى التوزيع الذى نص عليه المشرع في المادة الرابعة من القانون ٤٦٢ قصر النظر في مسائل الأحوال الشخصية على قضاة معينين ، كما لا يقصد منه أن تكون هناك دوائر خاصة يقتصر اختصاصها على النظر فيما كان من اختصاص المحاكم الشرعية . ودوائر أخرى يقتصر اختصاصها على النظر فيما كان من اختصاص المجالس المالية . لم يقصد المشرع هذا ، وإلا انهارت غاية من الغايات الأساسية التى أراد المشرع تحقيقها باصدار القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

ولعل ما حدا بالمشرع إلى النص في المادة الرابعة على تشكيل دوائر لنظر قضايا الأحوال الشخصية هو رغبته في الاستفادة من خبرة نوع معين من القضاة هم القضاة الشرعيون في الدوائر التى تنشأ للفصل فيما كانت تفصل فيه المحاكم الشرعية قبل إلغائها . ولولا وجود رجال القضاء الشرعى ، وضرورة توزيعهم على المحاكم للاستفادة من خبرتهم لما كان المشرع بحاجة إلى النص على تشكيل تلك الدوائر ، ولترك الأمر للقواعد العامة في قانون نظام القضاء والنسب من مقتضاها تشكيل دوائر خاصة لنظر نوع معين من المنازعات ، وهذا يتم كتقسيم إدارى داخلى في المحاكم المختلفة^(١) .

ومن ذلك فان توزيع الاختصاص بين دوائر الأحوال الشخصية لا يتعلق بالنظام العام . وهذا أمر مسلم به من الفقه ، على الأقل إذا كان جميع أعضاء دائرة الأحوال الشخصية من رجال القضاء العادى ، أى ليس بينهم أحد القضاة الشرعيين واستوفت الدوائر تشكيلها القانونى^(٢) . وعلى أية حال . فلا خلاف

(١) أبدأ أبو الوفا ، المرافعات ، طبعة ٤ (سنة ١٩٥٦) فقرة ٢١٥ م ص ٢٥١ .

(٢) أما في حالة ما إذا كان يدخل في تشكيل المحكمة قاض أو أكثر من رجال القضاء ==

في أنه إذا كان النزاع أمام دائرة من دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، لا يمكن الدفع أمامها بعدم الاختصاص ، بل إن هذه الدوائر تختص ، حتى ولو لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، وكان على المحكمة أن تطبق الشريعة الإسلامية ، ويكون للمحكمة في هذه الحالة الفصل في النزاع مع تطبيق الشريعة الإسلامية حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون ٤٦٢ . وبما لذلك يكون لدائرة الأحوال الشخصية أن تفصل في مسألة مدنية متفرعة عن النزاع المطروح أمامها ، كما يصح في الحالة العكسية لدائرة من الدوائر المدنية في المحكمة أن تفصل في نزاع خاص بالأحوال الشخصية متفرع عن الدعوى المدنية المطروحة أمام المحكمة ، مع مراعاة قواعد الاختصاص النوعي بطبيعة الحال^(١).

٧١ مكرر- تأييد محكمة النقض للاتجاه الثاني- (الاختصاص ينقذ للمحكمة لا لدائرة من دوائرها) : هذا وقد أخذت محكمة النقض بالاتجاه الثاني ، فأقرت صراحة بأن الاختصاص ينقذ للمحكمة ، لا للدائرة من دوائرها لان توزيع العمل بين دوائر المحكمة ترتيب إداري داخلي لا يعتبر من نظام القضاء

== الشرعي ، فان البعض يرى أن الدائرة في هذه الحالة لا تملك الفصل إلا في مسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، وهذه القاعدة كما يقولون ، تعتبر من النظام العام ومن ثم يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي ، وعلى الدائرة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، كما أنه لا يجوز لها أن تفصل في مسألة مدنية متفرعة من المنازعة الخاصة بالأحوال الشخصية المروضة أعلاه .

أنظر في هذا وفي تأييده : أحمد أبو الوفا ، السابق ، فقرة ٢١٥ م.

(١) أنظر تفصيلا لذلك في : أحمد أبو الوفا ، السابق ، فقرات ٢١٧ إلى ٢١٩ م ٢٠٠

وما بعدها .

وقارن مع ذلك حكم محكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية لغير المسلمين في القضية رقم ٥٨ سنة ١٩٥٧ في ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ - (غير منشور) وكذلك نفس المحكمة في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٨ في ٢٨/٤/١٩٥٨ (غير منشور) .

وعلى ذلك فانه سواء انتهى الرأى إلى أن أحكام شريعة الطرفين هي التى تطبق على الدعوى أو أن المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هي التى تطبق ، فان ذلك لا يغير شيئاً من بقاء الاختصاص معقوداً للمحكمة . أما أن هناك دوائر مخصصة لنظر هذه الطائفة من القضايا ودوائر مخصصة لنظر طائفة أخرى ، وأن الدعوى تدخل فى هذه الطائفة أو تلك ، فان ذلك لا يتعلق به الاختصاص ، ولا يترتب عليه أن يقضى بعدم الاختصاص أو بالاختصاص^(١) .

وفى حكم آخر للمحكمة نفسها^(٢) أقرت هذا المبدأ كذلك ، وأن تشكيل الدوائر الخاصة بالأحوال الشخصية يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى لكل محكمة ، مما تختص به الجمعية العمومية بكل منها ، ولا يتعلق ذلك بالاختصاص النوعى للمحاكم . وبناء على ذلك قضت المحكمة بأنه إذا كانت الدعوى قد رفعت إلى دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية لاختصاصها بها وفقاً لقواعد التنظيم الداخلى لدوائر المحكمة ، ثم دفع بعدم سماع هذه الدعوى لسبق الصلح بين الطرفين فى ذات النزاع ، فانه ، أياً كانت طبيعة الدفع ، ولولم يكن متعلقاً بالأحوال الشخصية أو الوقف ، بأن مس الصلح المدعى به بين المصالح المالية للطرفين ، فان ذلك لا يغير اختصاص المحكمة بالفصل فى الدعوى والدفع المقدم فيها . ومن ذلك يتبين أن المحكمة أقرت بأن الاختصاص أمام دوائر الأحوال الشخصية لا يتعلق بالنظام العام . وأنه يصح للدائرة الأحوال الشخصية أن تفصل فى مسألة مدنية متصلة بدعوى الأحوال الشخصية على نحو ما قدما .

(١) نقض فى ٣٠ مارس ١٩٦١ طعن ٣٦ س ٢٨ ق ٥ أحوال شخصية . . مجموعة المكتب الفنى س ١٢ عدد ١ رقم ٤٤ ص ٣٩٢ .

(٢) حكم النقض فى ٢٧ أبريل ١٩٦١ طعن رقم ٢٦ س ٨ ، مجموعة المكتب الفنى س ١٢ عدد ٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٨

٧٢- ثانياً- من حيث الاختصاص التشريعي- محمد : لا جدال في أنه إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين التي نص عليها المشرع في المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ ، فإنه يتعين تطبيق الشريعة العامة ، وهي الشريعة الإسلامية ، على النحو ما جاءت به الفقرة الأولى من هذه المادة . وبذلك تصدر الأحكام طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ومعنى ذلك أن تصدر الأحكام طبقاً لما هو مدون في تلك اللائحة ، وطبقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ما عدا الأحوال التي كان قانون المحاكم الشرعية ينص فيها على قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد . أي أنه إذا كانت هناك قواعد تشريعية فإنها تطبق أولاً ، سواء وردت هذه القواعد في تشريع خاص مثل المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المنظم لبعض مسائل الأحوال الشخصية وكذلك المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أم كانت هذه القاعدة ضمن النصوص التي لم تلغ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ . فإذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية ، فإنه يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٨٠ سائفة الذكر .

وإذا كان من المسلم به تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على هذا النحو ، فإننا نسأل ، عن أي القواعد ينبغي تطبيقها في هذه الشريعة ، ومعلوم أن الشريعة الإسلامية تحتوي على قواعد موضوعية تطبق على المسلمين كما تحتوي على قواعد أخرى خاصة بغير المسلمين ، أي بأهل الذمة . وهذه القواعد الأخيرة الخاصة بأهل الذمة ليست قواعد موضوعية ، وإنما هي - كما قيل - قواعد اسناد تقضى في جعلها بتركهم وما يدينون به في مسائل أحوالهم الشخصية . بمعنى أنه في مسائل الأحوال الشخصية تطبق أحكام دياناتهم ، حتى ولو كانت هذه الأحكام مغايرة

لما جاءت به الشريعة الاسلامية . فأى النوعين من القواعد الواردة في الشريعة الاسلامية ينبغي تطبيقه في هذا الصدد ؟ هل نطبق القواعد الموضوعية التي تطبق على علاقات المسلمين والتي أشارت إليها المادة ٢٨٠ على ما سبق ، أم نطبق القواعد التي تقضى بتركهم وما يدينون به وبالتالي نطبق عليهم أحكام شرائعهم ؟

٧٢ مكرر - الخلاف حول القواعد الواجبة التطبيق من الشريعة الاسلامية :

ثار الخلاف حول هذا الموضوع ، ورأى البعض أن المقصود هنا هو تطبيق النوع الثاني من القواعد التي تنظمها الشريعة الاسلامية ، بناء على القاعدة العامة الواردة فيها والتي تقضى بتركهم وما يدينون به ، وتركهم وما يدينون به يؤدي إلى تطبيق أحكام شرائعهم التي نظمها الشريعة الاسلامية على ضوء هذه القاعدة . قيل إن الشريعة الاسلامية لم تفرق في الأحكام الخاصة بزواج الذميين وطلاقهم بين ما إذا كانوا متحدين ديانة ومذهباً أولاً ، ولم ترتب على اختلافهم في المذهب أو الديانة نتيجة ما ... وإن الفقه الاسلامي يرى في الزواج وما يتعلق به ، ترك الذميين وما يدينون به ، وإن ذلك ليس من قبيل الاقرار بدياناتهم ، وإنما هو من باب الاعراض عنهم ، باعتبار أنهم إذا كانوا غير مخاطبين بأحكام الشريعة ، فإن دليل الشرع يقصر عنهم فيما يتعلق بعقيدتهم .

ويضيف القائلون بهذا الرأي أن الأحكام السالفة الذكر هي الواجبة التطبيق في الوضع الحالي للتشريع المصري ، كلما كانت العلاقة بين ذميين مختلفين ديانة أو مذهباً ، وأن ذلك لا يتأثر بما قرره قضاء الشريعة الاسلامية ، على خلاف بينهم ، من أن ترافع الزوجين الذميين إلى القاضي الشرعي يخضع العلاقة الزوجية بينهما للقواعد الشرعية التي يخضع لها المسلمون ، لأن جهات الأحوال الشخصية قد توحدت ، وصار اللجوء إليها أمراً لا خيار فيه للمتنازعين ، مما لا يمكن معه القول

بأن لجوء المتنازعين اللممين إلى القضاء يأخذ حكم الترافع إلى القضاء الذى عنه فقهاء الشريعة الاسلامية ورأوه موجبا لتطبيق القواعد الشرعية التى يخضع لها المسلمون .

وينتهى القائلون بالرأى الذى نحن بصددده إلى أن المشرع المصرى طبق قاعدة الفقه الاسلامى فى ترك اللممين وما يدينون فى شأن الطلاق فيما بينهم ، فنصت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى قهرتها الأخيرة - وهى : لا زالت قائمة حتى الآن بعد صدور القانون ٤٦٢ - نصت على أنه « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان . بوقوع الطلاق » .

هذا هو ما قال به البعض من أنه يتعين تطبيق الأحكام الخاصة بغير المسلمين فيما بينهم ، حتى ولو اختلفوا من حيث الطائفة والمذهب ، تأسيساً على قاعدة تركهم وما يدينون به ، وخاصة أنه لم يعد هناك مجال للقول بأن ترافعهم إلى القضاء يتم باختيارهم بعد إلغاء جهات القضاء الطائفى ، وبالتالي فإنه لا مجال للقول بتطبيق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية عليهم ، لأن رضاهم باختيار جهة التقاضى ، وتبعاً لذلك رضاهم بتطبيق الشريعة الاسلامية ، لا يتوافر ، إذ لا خيار لهم ^(١) .

والواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا رأى ، وإنما ينبغى فى هذا الصدد أن تطبق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية والتى تطبق على المسلمين . وهذا هو ما ينبغى الأخذ به لأنه يتفق مع ما قصده المشرع فى هذا الصدد ، كما أنه يتفق والقواعد القانونية العامة .

(١) أنظر حلى بطرس ، السابق ، ص ٦٥ - ٦٩ . وأنظر كذلك فى هذا الصدد : بطرس كساب ، الرسالة السابقة ، فقرة ٥٥ إلى ٦٠ وما بعدها .

ولا جدال أولاً في أن منطق النصوص يؤدي إلى تطبيق القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية . فقد رأينا أن المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ تستلزم توافر شروط معينة حتى تنطبق شريعة غير المسلمين ، ومعنى ذلك أنه إذا لم تتوافر تلك الشروط ، طبقت الشريعة العامة ، طبقاً لما جاء في الفقرة الأولى من المادة نفسها . وهذا هو ما يتضح أيضاً في حالة تخلف شرط اتحاد الطائفة والملة باعتناق الاسلام ، طبقاً لما نصت عليه المادة السابعة من نفس القانون . وإذا كان المشرع يرمى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، فهو يقصد ، كما يبين من الظروف ، تطبيق القواعد الخاصة بالمسلمين ، والتي كانت تطبقها المحاكم الشرعية .

ويترب على الأخذ بالرأى الذى نحن بصدده اتهام المشرع بوضع نصوص لا جدوى من ورائها ، أى وضعها عبثاً . ذلك أنه قد استلزم لتطبيق شريعة غير المسلمين توافر شروط معينة نص عليها في المادة ٢/٦ ، ووضح كما قدما أن تخلف هذه الشروط يترتب عليه تطبيق الشريعة الإسلامية . فإذا قلنا إن المقصود بالشريعة الإسلامية هو ما جاء من قواعد خاصة بغير المسلمين ، لما كانت هناك حاجة لاستلزام اتحادهم في الطائفة والملة حتى تنطبق أحكام شريعتهم . طالما أن شريعتهم ستطبق في كل الحالات ، حتى ولو اختلفوا في الطائفة والملة ، لأن اختلافهم في الطائفة والملة سيجعلهم يتبعون شريعة تطبيق الشريعة الإسلامية ، والشريعة الإسلامية تجعل بدورها إلى أحكام شريعتهم على أساس تركهم وما يدينون به . فالمنطق كان يقتضى ألا ينص على شرط اتحاد الطائفة والملة ، لأن شريعتهم ستطبق في كل الحالات . وهذا ما لا يمكن أن يكون قد اتجه إليه قصد المشرع^(١)

(١) وانظر في هذا المعنى جميل النمرقوى ، السابق ، ص ٢٤ ، حيث يقول إنه لا يتصور أن يكون تطبيق الشريعة الإسلامية في حالة وجود مانع من تطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين .

ومن جهة أخرى ماذا يكون الحكم لو خالفت القواعد التي جاءت بها أحكام شريعتهم النظام العام ؟ إن منطق الرأي الذي نحن بصددته يؤدي بنا إلى نتيجة غريبة . ذلك أنه يرى عدم تطبيق القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية ؛ فإذا ما طبقت قواعد الاسناد الديني بتركهم وما يدينون به لأدى ذلك إلى تطبيق أحكام شريعتهم ، وإذا ما كانت أحكام شريعتهم تتعارض مع النظام العام ، فإنها لن تطبق . ومعنى هذا أنه قد توجد حالات لا تخضع لشريعة ما ، وهذه نتيجة غير مقبولة .

وبالإضافة إلى ما سبق ، ينبغي أن يراعى ما تقضى به القواعد العامة في هذا الصدد . ذلك أن إحالة المشرع إلى تطبيق الشريعة الإسلامية عندما لا تتوفر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين لا يقصد به إلا الإحالة إلى القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية ، دون قواعد الاسناد . وهذه القاعدة مسلم بها في نطاق تنازع القوانين بالنسبة للإحالة إلى القوانين الأجنبية ، وقد نصت عليها المادة ٢٧ من القانون المدني المصري بقولها : « إذا قرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب

== يقصد به تطبيق قواعد الاسناد في الشريعة الإسلامية التي تقضى بترك غير المسلمين وما يدينون في تنظيم أحوالهم الشخصية ، لأن هذا « لن يبنى أكثر من الإحالة مرة ثانية إلى القانون الديني لغير المسلمين ، وتكون إحالة المشرع حكم التنازع إلى الشريعة الإسلامية منذ البداية » ، عينا في بحث » .

وأنتظر حكما لمحكمة القاهرة الابتدائية في ١٤/٤/١٩٥٧ رقم ١٣١٨ س ٥٦ كلى (صالح حنفي ٢ رقم ٢٥١ ص ٢١٢) وقد جاء به إن الأخذ بقاعدة ترك اللذين وما يدينون لا يؤدي إلى تطبيق شريعة غير المسلمين حتى ولو اختلفوا في الطائفة والملة ، وهو ما لم يقصد إليه المشرع ، إذ إرادة المشرع في المادة ٦ من قانون توحيد القضاء ظاهرة في أنه أراد المنازعة في الحكم بين غير المسلمين إذا اختلفوا في الطائفة والملة ، وبينهم إذا اختلفوا في ذلك ، فأوجب في الحالة الأولى تطبيق شريعتهم وفي الثانية تطبيق الشريعة الإسلامية . كما أنه لا محل لتأويل في موضع صراحة النص » .

التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص . ومعنى هذا أن الاحالة إلى قانون من القوانين تعنى الاحالة إلى قواعده الموضوعية دون قواعد الاسناد ، ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قصد الخروج على هذا المبدأ في إحالته إلى الشريعة الاسلامية ، وخصوصاً أنه وضع القواعد التي جاء بها القانون ٤٦٢ في ظل هذا المبدأ الذي نص عليه في القانون المدني ^(١) . وعلى ذلك فإن الاحالة إلى الشريعة الاسلامية لا يقصد منها إلا تطبيق القواعد الموضوعية في هذه الشريعة ، وهي القواعد التي تطبق بالنسبة للمسلمين ، دون قواعد الاسناد التي تقضى بتركهم وما يدينون .

وينبغي علينا كذلك في صدد الرد على الرأي الذي نحن بصدده أن نشير إلى حقيقة الوضع وما كان عليه العمل قبل إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية . فقد رأينا أن المجالس الطائفية لم تكن تختص إلا على سبيل الاستثناء بالفصل بين تابعيها في مسائل الأحوال الشخصية ، متى اتحدوا في الطائفة والمذهب . فشرط اختصاصها كان معقوداً باتحادهم في الطائفة والملة ، على النحو الذي يبناء من قبل . وفيما عدا ذلك كانت المحاكم الشرعية هي صاحبة الاختصاص العام ، فكانت تختص حتى ولو اتحد الخصوم في الديانة طالما كانوا مختلفين في الطائفة أو الملة ، وتبعاً لاختصاصها ، كانت تطبق بالنسبة لهم أحكام الشريعة الاسلامية ، كما كانت تحكم بوقوع الطلاق بينهم على أساس أنها تطبق الشريعة الاسلامية ، وهذا ما حدا بالمشرع إلى التدخل بالنص في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد

(١) جيل الشراوى ، السابق ص ٢٥ .

«الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق». ذلك أنه تين للمشرع أن في تطبيق القواعد الخاصة بالمسلمين في هذا الصدد حرج ومشقة على الطوائف التي لا تدين بحق الزوج في إيقاع الطلاق. وقالت المذكرة الإيضاحية في شأن هذا النص ما يلي : « كانت المحاكم الشرعية عملاً بالمادة ٢٨٠ تحكم بوقوع الطلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة في الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر ، وكان في ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التي لا تدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر للتقاليد المتبعة في ملتها ، فتبقى معلقة لا تتزوج ، وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها . فرئى معالجة هذه الحالة عملاً بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق ». هذا هو ما جاء في شأن الفقرة الأخيرة من نص المادة ٩٩ السالف الذكر .

ومن ذلك يتبين لنا أن المحاكم الشرعية كانت تطبق القواعد الخاصة بالمسلمين في الشريعة الإسلامية ، ومن بينها الحق في إيقاع الطلاق ، ولولا ذلك ما تدخل المشرع بالنص على الحكم السابق في المادة ٩٩ ؛ إن لتدخله في هذا الصدد دلالة ؛ فهو يعنى أن المحاكم الشرعية كان لها حق القضاء بين الزوجين غير المسلمين في مسائل الطلاق بموجب الشريعة الإسلامية ، وعلى وجه الدقة بموجب القواعد الخاصة بالمسلمين ، فتدخل المشرع ليحد من هذا الموضوع بشأن حالة معينة ، هي حالة الطلاق ، عن طريق تقييد القاضى بتمتع من سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوعه . وهذا يعنى « أنه قبل النص كان من الممكن أن تطبق على طلاق غير المسلمين نفس

الأحكام التي تطبق على المسلمين»^(١).

نخلص مما سبق إلى أن قواعد الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق في شأن غير المسلمين المختلفين في الطائفة والملة ، أو الذين لا تتوافر شروط تطبيق شريعتهم بصفة عامة ، هي القواعد الموضوعية التي تطبق بالنسبة للمسلمين وهذا ما تلمبه القواعد القانونية العامة ومفهوم النصوص التشريعية في هذا الصدد .

يبقى لنا بعد هذا أن نبين موقف المحاكم من هذا الموضوع ، وخاصة في ظل الوضع الجديد ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة سنة ١٩٥٥ .

٧٣ - موقف المحاكم في ظل القانون ٦٢ : بالنسبة لمسألة الاختصاص

التشريعي : يمكن القول إن القضاء يتجه في هذا الصدد اتجاهين رئيسين .

(١) تطبيق القواعد الخاصة بغير المسلمين في الشريعة الإسلامية : من الأحكام ما يتجه إلى تطبيق قواعد غير المسلمين التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ، إذ قد فهم من إحالة المشرع إلى ما جاء في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الإحالة إلى القواعد الخاصة بغير المسلمين في مذهب أبي حنيفة الذي تحيل إليه المادة ٢٨٠ . ومعنى ذلك أن هذا الفريق من الأحكام يذهب إلى ما ذهب إليه الرأي الذي عرضنا له في البند السابق من أن المقصود بالشريعة الإسلامية التي تطبق على غير المسلمين ، هي الأحكام الخاصة

(١) جيل الشراوى ، ص ٢٦ وكذلك ص ٥٢ من طبعة ١٩٦٠/١٩٥٩ . هذا ويراهي أن ماقرره المشرع في المادة ٩٩ بشأن طلاق غير المسلم لزوجه غير المسلمة . قد أخذت به أحكام قليلة صادرة من المحاكم الشرعية ، تحقيقاً لنفس الهدف الذي رأى المشرع تحقيقه في النص السابق من حيث رفع الحرج والمشقة عن غير المسلمين في صدور إيقاع الطلاق . أنظر حكم محكمة بنى سويف الشرعية في طلاق الذي تزوجته ، ١٦ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة الشرعية السنة الأولى ص ٣٠٣ ، ومعركة قلوب في ١٦ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة الشرعية السنة الأولى ص ٣٠ . وهذان الحكمان مذكوران في بطرس كساب ، رسالته ، «قرة ٧٤ -

بالمؤمنين لا بالمسلمين^(١).

وإذا كان لنا أن نعرض للأساس الذي قامت عليه تلك الأحكام لنرى.. إلى أى مدى أصابها التوفيق، فالتنا نكتفى في هذا الصدد بالإحالة إلى ما أوردناه فيما سبق ردّاً على رأى القائل بالوجهة التي أخذت بها تلك الأحكام . ونضيف . إلى ذلك ما قال به الفقه بالنسبة لتلك الأحكام من أن ما قضت به المحاكم في هذا الصدد إنما « هو قضاء أقل ما يقال فيه إنه غير مفهوم ، ولا يتفق مع قصد . المشرع إلى التماس وسائل توحيد القواعد المطبقة في مسائل الأحوال الشخصية، فضلاً عن أن صعوبات كثيرة تحوط التسليم به تتعلق بتحديد القانون واجب . التطبيق من بين قوانين المتنازعين الذين يختلفون طائفة أو ملة »^(٢).

هذا عن الاتجاه الأول في أحكام القضاء ، وهو كما رأينا إنجاء لا يقوم على أساس سليم .

(٢) تطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بالمسلمين : أما عن الاتجاه الثاني فقد طبق القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية الخاصة بالمسلمين ، بل إن من بين تلك الأحكام ما يذهب في هذا الاتجاه إلى مدى أبعد ، فيتوسع في أعمال .

(١) أنظر الأحكام الصادرة من محكمة استئناف القاهرة في ٦ مارس ١٩٥٧ و ١٣ مارس ١٩٥٧ والتي أشار إليها جيل الشرفاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٦ إلهامش . وقد أوردتها كذلك خفاجي وراج ، السابق ، ص ٢١٠-٢١٣ والأحكام صادرة في القضية ١٦٦ من ٧٢ ق في القضية رقم ١٥٦ و ١٥٧ من ٧٢، وأنظر كذلك استئناف القاهرة في ١١ فبراير ٥٩ رقم ٤٠ ص ٧٥ ق ، غير منشور ، أوردته أحمد سلامة ط ص ٢٧١ وأوردته كذلك . لإهاب اسماعيل في أصول الأحوال الشخصية رقم ١٦٤ ص ٢٧٢ وما بعدها . وجيل الشرفاوى (١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٥٣ هامش ١ . وأنظر كذلك استئناف الاسكندرية رقم ١ لسنة ١٩٦٠ الوارد ضمن حكم النقض في ٦ فبراير ١٩٦٢ طين رقم ٣٧ ص ٣ ق أحوال مجموعة المكتب الفني ص ١٤ عدد ١ رقم ٢٩ ص ٢١٨ .

(٢) جيل الشرفاوى ، السابق ص ٢٦ ، ص ٥٣ من طبعة ١٩٥٩/١٩٦٠

قواعد الشريعة الاسلامية الخاصة بالمسلمين ويمدها إلى غير المسلمين ، حتى في الحالات التي لا يدينون فيها بالطلاق على خلاف ما تقتضى به المادة ٩٩ من لأئمة ترتيب المحاكم الشرعية في فقرتها الاخيرة . ولنوضح ذلك بأثلة من هذا القضاء .

ففي قضية كان طرفاها مختلفين من حيث الطائفة (الزوجة قبطية أرثوذكسية والزوج رومى أرثوذكسى) ، اتفق الطرفان على الالتجاء إلى دائرة الاحوال الشخصية لغیر المسلمين ، قررت المحكمة تطبيق الشريعة الاسلامية نظرا لاختلاف الطرفين في الملة (تعنى بها الطائفة هنا) . وقد طبقت المحكمة القواعد الموضوعية في هذه الشريعة ، وجاء في حكمها أن الزوجة استندت إلى الشريعة الاسلامية « لإساءة زوجها » المدعى عليه ، لها بالضرب والسب ، وامتناعه عن الاتفاق عليها ومصاحبة النساء وإغداق المال عليهن وسوء عشرته وكثرة المشاجرات بينهما ، مما حداها لهجر منزل الزوجية والعيش في كنف والدها منذ ثلاث سنوات ، ولم يحاول الزوج ترويم مسلكه أو السعى لإصلاح ذات البين » وقد قضت المحكمة بتطبيق الزوجة تطليقا للمادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩^(١) . وواضح من هذا أن المحكمة طبقت قاعدة التطليق للضرر ، وهي قاعدة من القواعد التشريعية التي تطبقها المحاكم بالنسبة للمسلمين^(٢) .

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية لغیر المسلمين في القضية رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٦ كلى بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٥٧ (غير منشور) - برئاسة السيد / فهمى صليب .
(٢) وأنظر حكما آخر من المحكمة نفسها ١٨/٢/١٩٥٨ (صالح حتى ٢ رقم ٦٨٣ ص ٥١٤) حيث طبقت المحكمة الشريعة الاسلامية (القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠) إذ طلبت الزوجة الطلاق لدم الاتفاق . وأنظر محكمة القاهرة الابتدائية ٢٧ مايو ١٩٥٧ رقم ٥٤٣ ص ٥٦ كلى (صالح حتى ٢ رقم ١٩٧ ص ١٨١ ، وخفاجي وراج رقم ١١ ص ٢١٤) حيث قضى إنه يحكم بالشريعة الاسلامية كما يحكم بها لو كان الطرفان مسلمين . وفى حكم =

وفي حكم آخر اختلف الطرفان من حيث الطائفة كذلك (أرمن أرثوذكس وروم أرثوذكس) ، قررت المحكمة أن الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق فيخضع لها الطرفان ، وخاصة أنهما يدينان بوقوع الطلاق ، لأن من لا يدين بوقوع الطلاق هم الكاثوليك^(١) .

هذا هو الاتجاه الذي في أحكام المحاكم ، ولا شك أنه الاتجاه الغالب^(٢) .

== المحكمة نفسها (١٤ أبريل ١٩٥٧ رقم ١٣١٨ س ٥٦ كلى - صالح حنفى ٢ رقم ٢٥١ ص ٢١٤ وخفاحي ورايع رقم ٩ ص ٢١٣) طبقت المحكمة القواعد الموضوعية في الشريعة الاسلامية^٣ ورفضت صراحة الأخذ بمبدأ ترك الذميين وما يدينون به ، إذ أنه يؤدي إلى تطبيق شرعيتهم حتى ولو اختلفوا في الطائفة والله ، وهو ما لم يقصده المشرع . وفي حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية في ٥٧/١٢/٣ رقم ٢٥ س ٥٧ كلى (صالح حنفى رقم ٩٦٧٩ ص ٥٠٩) طبقت المحكمة الشريعة الاسلامية . إلا أنه لما كان قد طلب إليها التفريق بين الزوجين جسمانياً ، ورفضت الدعوى لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف الانفصال الجسماني . وأنظر كذلك استئناف القاهرة ١٩٥٨/١/٢٥ رقم ٩٨١ س ٥٧ . وكذلك القاه : الابتدائية في ٥٨/١١/٢٤ رقم ١٥٦٥ س ٩٩٥٨ (خفاحي ورايع رقم ٢٣ ص ٢٢٥) .

(١) الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين ، في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٧ كلى في ١٨ فبراير سنة ١٩٥٨ (غير منشور) برئاسة السيد / روبر الملاح . وأنظر حكماً آخر للمحكمة نفسها في ١٧/١١/١٩٥٧ رقم ١١ س ٩٥٧ وقد طبقت فيه المحكمة كذلك الشريعة الاسلامية (بين أرثوذكسية وكاثوليكي) مع إعمال المادة ٩٩ فقرة الأخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وأنظر كذلك القاهرة الابتدائية في ٢٧ مايو ١٩٥٦ رقم ١٢٩٧ س ٥٦ كلى ، وكذلك حكماً رقم ٨٤٥ س ٥٦ كلى (صالح حنفى ٢ رقم ٢٤٢ ص ٢٠٦ - ٢٤٣ س ٢٠٩ - ٢٠٩ على التوالي) . وقد طبقت المحكمة الشريعة الاسلامية مع إعمال المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ويبدو من اتجاه الأحكام السابقة أنها ترى تطبيق الشريعة الاسلامية مدخلة في اعتبارها وجرد الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلا يضي بالتطبيق بين المسيحيين المختلفين في الطائفة والله إلا إذا كان الطرفان يدينان بوقوعه .

(٢) أنظر حكماً هاماً لمحكمة استئناف القاهرة في ١٣ ديسمبر ١٩٥٨ في القضية ١٨٧ س ٧٤ ق أورده خفاحي ورايع رقم ٢٢ ص ٢٢٠ - ٢٢٥ . وأنظر الحكم نفسه في ==

ومنه يتضح أنه ينبغي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، بالنسبة لغير المسلمين الذين لا تتوفر شروط تطبيق شريعتهم . وتطبق الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ، كما تطبق بالنسبة للمسلمين طبقا لما أشارت إليه المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وإذا كان هذا هو الاتجاه الغالب في القضاء ، فإنه هو السائد في الفقه الآن ^(١) .

ومع ذلك فإن فريقا من أحكام المحاكم يتطرق في هذا الصدد بالنسبة لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين فيقرر أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق ، فإنها تطبق بصفة مطلقة ، بصرف النظر عما إذا كان الطرفان يدينان بوقوع الطلاق أو لا يدينان به ، أى بصرف النظر عما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتي تنص بأنه : « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . وهي القاعدة التي كانت تنقذ بها المحاكم الشرعية في قضاياها بين غير المسلمين ، إذ كانت تطبق الشريعة الإسلامية مع مراعاة النص السابق . ويجعل بنا توضيح موقف المحاكم من نص المادة ٩٩ في فقرتها الأخيرة . وهذا ما نبينه فيما يلي :

٧٤ - موقف المحاكم بالنسبة للمادة ٩٩ فقرة الأخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : اتسم الرأي حول تطبيق هذه الفقرة في حالة ما إذا اختلف

١ - أحمد سلامة ، ط ٢ ، ص ٢٧٥ وما بعدها . وأنظر محكمة استئناف الاسكندرية في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ قضية رقم ٧٠٩١ وقد أيد الحكم الابتدائي الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٥٩ رقم ٣٤ ١٩٥٨ . وأنظر حكم النقض سالف الذكر في ٦ فبراير ٦٣ رقم ٢٧ ص ٣٠ .
(١) أنظر جليل الشرفاوي (١٩٥٩ - ١٩٦٠) رقم ١٣ ص ٥٠ وما بعدها . أحمد سلامة (ط ٢) رقم ١٧٠ وما بعده ص ٣٥٥ وما بعدها وخاصة ص ٣٨٠ - ٣٨١ .
عبد الودود يحيى رقم ٥٤ و ٥٥ ص ٨٣ وما بعدها . إهاب إسماعيل ، أصول الأحوال الشخصية رقم ١٥٧ وما بعده ص ٢٥٩ وما بعدها .

الخصوم في الطائفة والملة وكان على المحكمة أن تطبق الشريعة الاسلامية . فهل تطبق الشريعة الاسلامية بصورة مطلقة حتى بالنسبة لمن لا يدين بالطلاق ، أم أنها تطبقها مع مراعاة حكم المادة ٩٩ في هذا الصدد ، ومعنى ذلك أن دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، لا تسمع إلا إذا كانا يدينان بوقوعه ؟ اتجهت الأحكام إلى وجهتين ، وإن كانت تنفق بطبيعة الحال في أنها تطبق القواعد الموضوعية في الشريعة الاسلامية .

(١) هناك من الأحكام ما يقرر أنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية على الخصوم ينبى أن يراعى ما جاء في المادة ٩٩ ققرة أخيرة . وقد أيدت الاحكام الصادرة في هذا المعنى رأيا بما سارت عليه بعض أحكام المحاكم الشرعية من قبل^(١) . ثم بمنشور وزارة العدل رقم ١٨ في ٣ يونيه سنة ١٩٣١ والذي بموجبه كان على المحاكم الشرعية أن تفصل في دعاوى الطلاق التي ترفع إليهما من غير المسلمين على وفق المنهج الشرعى مع مراعاة المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية^(٢) . وعلى ذلك إذا كان الطرفان مختلفين من حيث الطائفة ، فإن الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق وتبعا لذلك يكون للمحكمة أن تقضى بالطلاق طالما كان الزوجان يدينان بوقوعه ؛ إذ أن من لا يدين بالطلاق هم الكاثوليك^(٣) .

(١) انظر حكم محكمة مصر الشرعية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ - المجلد ١٤ - الس ١٤ ، الأعداد من ١ إلى ٤ رقم ١٥ من ٦١ .
(٢) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين في القضية رقم ١١ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ١٢ نوفمبر ١٩٥٧ ، برئاسة السيد / دويبر الملاح - (غير منشور) .

(٣) نفس الدائرة السابقة بمحكمة الاسكندرية في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٧ كلى - بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٥٨ - وانظر أيضا حكما صادرا من محكمة القاهرة الابتدائية =

وقد قيل تأييدا لهذه الوجهه إنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية على غير المسلمين المختلفين في الطائفة والملة ، فانه ينبغي أن يراعى التسامح في الشريعة

= للأحوال الشخصية الدائرة ٢٤ في القضية رقم ١٤١٦ لسنة ١٩٥٦ كلى في ١٨/١١/١٩٥٦ أشار إليه إهاب اساميل ، ص ١٢١ . وكذلك حكما في ٢٧ مايو ١٩٥٦ رقم ١٢٩٧ ورقم ٨٤٥ ص ٩٥٦ كلى المشار إليهما في السابق.

وكذلك حكما في ١٥/٢/١٩٥٨ رقم ٨١١ ص ٥٧ (صالح حنفي ٢ رقم ٢٧٢ ص ٢٢٢) وقد جاء به إن نص المادة ٧/٩٩ نص -اقتتائي - لأنه أورد قيداً على تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية على زواج مختلفي الملة من الذميين ، ومن ثم يمتنع تطبيقه في أمتيق المدود ، وفي نطاق المحكمة التي اقتضت فرض هذا القيد عملاً بالقاعدة الأصولية التي تنص بأن الحكم يدور وجوداً أو عدماً مع علته . . . » . وانظر كذلك استئناف القاهرة في ١٣ ديسمبر ١٩٥٨ السابق الإشارة إليه أوردته خفاجي دراج رقم ٢٢ ص ٢٢٠ - ٢٢٥ . وكذلك استئناف الاسكندرية في ٢٩/٥/٥٧ رقم ٧ ص ١٣ ق ملى (صالح حنفي ٢ رقم ٦٠٥ ص ٤٦٢) ، وكذلك حكما في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ (غير منشور) في القضية ٧ ص ١٩٥٩ . وقد جاء هذا الحكم الأخير مؤيداً للحكم الابتدائي الصادر في ١٢ أبريل ١٩٥٩ رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ والذي قضى « بعدم سماع الدعوى لأن الزوج لا يزال معتقاً المذهب الكاثوليكي الذي لا يدين بوقوع الطلاق (كانت الزوجة قد غيرت مذهبها إلى الأرثوذكسية) ويترتب على ذلك ، وتطبيقاً للمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر » . وقد أيدت محكمة الاستئناف للحكم الابتدائي وأضافت أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ نهت بلى أنه « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » قد أفادت أنه إذا كانت شريعة أحد الزوجين لا تقر انحلال وباطل الزيجة أو الطلاق أو التطلق تكون الدعوى غير مسعومة . ولما كان الزوج في الدعوى الحالية لا يزال على المذهب الكاثوليكي ، وهذا المذهب في الشريعة المسيحية لا يقر انحلال رابطة الزوجية ، فانه يمتنع إعمال الفترة الأخيرة من المادة ٩٩ من اللائحة » حتى ولو كانت أحكام الشريعة الاسلامية هي اواجبة التطبيق على موضوع النزاع . وليس في ذلك مخالفة لنظام العام ، ما دام المشرع قد نص صراحة على اتباع شريعة الزوجين في هذا الخصوص . =

الإسلامية^(١)، ويمكن أن يقال كذلك في تأييد إعمال نص المادة ٩٩ قسرة أخيرة إن القاضي إذا كان يطبق الشريعة الإسلامية فهو مقيد بما نصت عليه هذه الفقرة، وذلك مراعاة للحكمة التي وضع من أجلها النص والتي جاءت بها المذكرة الإيضاحية في صده حين قالت إن في إيقاع المحاكم الشرعية الطلاق « حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التي لا تدين بوقوع الطلاق ... » .

كما يمكن أن يقال أخيراً في تأييد هذا الاتجاه إن النص المذكور لم يبلغ ضمن النصوص التي ألغيت؛ فقد نصت المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على إلغاء بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وليس بين تلك النصوص الملغاة نص المادة ٩٩، وبذلك فالنص باقٍ يتعين تطبيقه^(٢).

هذا عن الاتجاه الأول وما يمكن أن يقال تأييداً له. والواقع أنه اتجاه سليم من الناحية القانونية البحتة. وهو الذي سارت عليه المحاكم في غالبيتها، كما سنرى.

== وحيث إن القول بأن إعمال هذا النص يكون في حالة ما إذا كانت شرعية أخرى غير الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق هو قول غير سديد، لأن النص مطلق، ولا محل لإيراد قيد عليه دون أن يكون له سند في القانون، لاسيما أن المحاكم الشرعية التي كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية قبل إلغاء المحاكم المليية كانت مقيدة بهذا النص. وهو نص ملزم أيضاً لمحاول المحاكم الوطنية محل المحاكم الشرعية تطبيقاً للمادتين الخامسة والثالثة عشرة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. بل هو من النصوص الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولذلك يتعين الحكم بمقتضاه، إذا ما تبين للمحكمة أن شرعية أحد الزوجين لا تحيز الطلاق أو التعليق، بنس النظر عما إذا كانت شرعية الطرف الآخر تبيح انحلال رابطة الزوجية » .

(١) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، مقرة ٢٣٩ م (١) ص ٢٩٣؛ عبد المنعم البدر: المدخل للقانون الخاص، طبعة ١٩٥٧، مقرة ١٢ ص ٢٣.

(٢) أنظر جميل الشراوى: السابق، ٧: ١٨.

(٢) أما عن الاتجاه الثانى ، وهو اتجاه أخذت به أحكام صادرة من محكمة الإسكندرية ، فهو يرى أنه إذا كان من المتعين تطبيق الشريعة الإسلامية فى شأن نزاع بين خصوم من غير المسلمين ، فإنه ينبغى تطبيقها بصفة مطلقة دون أن يتقيد القاضى فى ذلك بما جاء فى المادة ٩٩ قرة أخيرة ، ولا محمل لتطبيق هذا النص ، والقول بعدم إيقاع الطلاق إلا إذا كانا يدينان به ، « ذلك لأنه إذا انتهت المحكمة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، لا أحكام شريعة الطرفين ، فإنه لا يلتفت بعد ذلك إلى شريعة المدعى عليها^(١) ، وما إذا كانت تبيح الطلاق من عدمه ، طالما أن الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق تبيح الطلاق . وإلا فإن القول بغير ذلك معناه أن المحكمة فى الوقت الذى ترى فيه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تطرح جانبا تلك الأحكام لتفصح الطريق لتطبيق شريعة أحد الطرفين ، وهذا تعارض واضح لا يمكن الاخذ به »^(٢) .

وفى سبيل تأييد هذا الاتجاه ، يمكن أن يقال إنه يتفق مع الفرض الذى يهدف إلى توحيد القواعد فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للجميع .

وفضلا عن ذلك فإن نص المادة ٩٩ فى فقرتها الأخيرة إذا كان له ما يبرره فيما مضى عند قيام المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، مما جعل المشرع يتدخل بالنص للحد من النتائج التى كانت تترتب على تعدد الجهات القضائية ،

(١) وقد كانت الزوجة المدعى عليها كاثوليكية ، أما الزوج فقد صار قبطيا أرثوذكسيا قبل رفع الدعوى بعده .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية الكلية للأحوال الشخصية لنير السالين برئاسة السيد / فهدى صليب ، فى القضية ٥٨ لسنة ١٩٥٦ ، بتاريخ ٢١ مايو ١٩٥٧ . أنظر فى نفس المنى حكمين آخرين من الدائرة نفسها فى القضية رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ٢٥ يونيو ١٩٥٧ ، وفى القضية رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٧ . وكلها أحكام غير منشورة .

فان هذا الأساس ، الذى من أجله تدخل المشرع ، لم يعد له وجود الآن . قد كانت المحاكم الشرعية عند قيامها تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى المستوى الذى ترفع من أحدهما على الآخر ، عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وكان فى ذلك - كما قالت المذكورة لايضاحية حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لاتدين بوقوع الطلاق ، لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر ، نظراً للتقاليد المتبعة فى ملتها ، فتبقى معلقة لاتزوج . وقد تحرم من الثقة فلا تجد من يثق عليها ^(١) . هذا الأساس الذى قام من أجله نص المادة ٩٩ ققرة أخيرة لم يعد قائماً الآن بعد توحيد جهات القضاء . « ذلك لأنه إذا كان قدرته رفع الحرج والمشقة عن الزوجة التى لاتدين بالطلاق إذا ما طلقها المحكمة الشرعية فقد كان ذلك مفهومها فى وقت أن كان للمجالس المالية اختصاصها فى دعاوى الأحوال الشخصية ومن بينها الطلاق لأن تلك المجالس لم تكن تحكم بالطلاق ، فتبقى الزوجة معلقة على النحو الذى أشارت إليه المذكورة لايضاحية . أما وقد ألغيت المجالس المالية والمحاكم الشرعية ، وأصبح الاختصاص كله بيد المحاكم الوطنية ذات الاختصاص العام ، فانها هى التى تحكم بالطلاق ، إذا رأت له وجها ، ولن تعد مثل هذه الزوجة مرتبطة بأى زواج ، مما ينتفى معه الحرج والمشقة التى تكلمت عنها المذكورة لايضاحية وقت أن كان يلجأ للمحاكم الشرعية بنص غير المسلمين للحصول على أحكام بالطلاق قد لا يمكنهم الحصول عليها من جهتهم المالية » ^(٢) .

(١) المذكورة لايضاحية لمادة ٩٩ .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية السابق فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٦ .

وقد انتهت المحكمة من ذلك إلى إجابة الزوج إلى الطلاق لهجر زوجته زاه ، لأن الشريعة الإسلامية تعطيه هذا الحكم .

وعلى هذا ، فإذا كان المشرع قد منع القاضى الشرعى من سماع دعوى « الطلاق » من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، على نحو ما جاء فى المادة ٩٩ ققرة أخيرة ، وكان ذلك المنع بصفة استثنائية بحجة وتفاذى ما كان يترتب على تعدد جهات القضاء من مساوىء أشارت إليها المذكرة الايضاحية فضلا عن تضارب الأحكام بين المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، فإنه لم يعد لمثل هذا محل فى ظل الوضع الحالى بعد أن توحدت جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية ، وكان حريا بالمشرع أن يلغى هذه الفقرة ضمن النصوص التى ألغيت من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فقد زال السبب الذى وضع النص من أجله .

هذا هو الاتجاه الثانى فى صدد إعمال قواعد الشريعة الاسلامية ، والذى اتجهت إليه الاحكام السابقة وخلصته أنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية ، فإنها تطبق بصفة مطلقة دون نظر إلى ما جاءت به المادة ٩٩ ققرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

والواقع أننا لا نتفق مع ما جاءت به تلك الطائفة من الأحكام ، إلا من الناحية النظرية فقط نظراً لانتفاء الأساس الذى قامت عليه هذه الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ والذى أشارت إليه المذكرة الايضاحية ، وحتى تتحقق المساواة بين غير المسلمين الذين تنطبق فى شأنهم أحكام الشريعة الاسلامية . ولكن لا ينبغي أن يفهم تأييدنا لهذه الفكرة على أنه إقرار لموقف هذا القضاء من الناحية القانونية ، إذ مما لا شك فيه أنه قضاء مخالف للقانون ولصريح المادة ٧/٩٩ التى لم تلغ حتى الآن . فنحن لا نتجاهل وجود النص ، بل إننا قد اعترفنا بوجوده فى أكثر

من مناسبة^(١)، وكل ما هنالك أننا كنا نأمل إلغاء مع ما ألغى من نصوص في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ولهذا نكرر أن كل قضاء ينكر وجود هذا النص قضاء غير سليم من الناحية القانونية البحتة ، ولعل هذا هو السر الذي من أجله لم يكتب لهذا الاتجاه بين المحاكم أن يسود . إذ القاضي يلتزم بنصوص القانون ، فليس له أن يتجاهل وجودها أو يجحد عنها . وأى قضاء يتجاهل وجود هذا النص يعتبر أنه مخالف للقانون .

٧٤ مكرر : نطاق تطبيق المادة ٧/٩٩ : على أننا إذا كنا نسلم ببقاء هذا النص باعتباره قيداً يرد على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإن الاستدلال يثور بعد ذلك بالنسبة لتطبيقه . فهل يسرى بالنسبة للكاثوليك قطعاً أم يسرى بالنسبة لمن عداهم من غير المسلمين ، وما هو النطاق الذي يمكن أن يطبق فيه . وإذا قيل بأن تطبيقه يقتصر على الكاثوليك وحدهم ، هل يلزم أن يكون الطرفان ممن يدينان بالطلاق أم يكفي أن يكون أحدهما فقط هو الذي لا يدين بالطلاق ؟

ونحن نعتقد أن نص المادة ٧/٩٩ لا يسرى إلا بالنسبة للكاثوليك وحدهم ، لأنهم هم الذين لا يدينون « بالطلاق » . ولا يسرى بالنسبة لغيرهم من المسيحيين أو اليهود . وهذا ما يفهم من المذكرة الإيضاحية ومنشورات وزارة العدل في صدد هذا النص . كما أنه هو الرأي الغالب في القضاء .

فالمذكرة الإيضاحية لهذا النص قطع بأن المشرع لم يقصد إلا الطوائف التي لا تدين « بالطلاق » . ويفهم من ذلك أن من الطوائف ما يدين بوقوعه،

(١) أنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ص ٢٤٧ و ٢٥٢ - ٢٥٤ وكذلك ص ٢٦٠

ومن المعروف أن الأرثوذكس والبروتستانت ، فضلا عن اليهود ، هم الذين يدينون بالطلاق (التطلق). أما الكاثوليك فلا يعرفون هذا النظام (التطلق) وإنما يعرفون نظام الانفصال الجسائي .

وقد بينت وزارة العدل في منشور أرسلته إلى المحاكم أن الطوائف التي لاتدين بالطلاق هي الطوائف الكاثوليكية^(١) .

وقد اتجه القضاء الغالب عندنا إلى أن المقصود بمن « لا يدينون بالطلاق » هم الكاثوليك وحدهم . وبما لذلك قضت المحاكم بالتطبيق - تطبيقا لأحكام الشريعة الاسلامية - بين أرثوذكسين ، لأنها يدينان بوقوع الطلاق . كما رفضت التطبيق لأنه تبين لها أن أحد الطرفين من الكاثوليك الذين لا يدينون بالطلاق ، وقضت بعدم سماع الدعوى^(٢) .

(١) أنظر : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، المرجع السابق ص ٢٥٩ . وقد بين أن وزارة العدل ذكرت الطوائف التي لا تدين بالطلاق في منشور أرسلته إلى المحاكم ، فذكرت أنها الروم الكاثوليك واللاتين الكاثوليك ، كما بين هذا المنشور كذلك أن « تطبيق هذا الجزء من اللائحة من تنظيم الاختصاص التعلق بالنظام العام... » ويبدو أن هذا المنشور صدر في ٢٨ سبتمبر ١٩٣١ .

وأنظر كذلك : بطرس كساب ، رسائله السابقة ص ٨٩ وهامش ٢ .

(٢) أنظر الاسكندرية الابتدائية في ١٨ فبراير ١٩٥٨ رقم ٣٦ لسنة ٥٧ حيث جاء به « إن من لا يدين بالطلاق هم الكاثوليك » . وكذلك حكمتها في ٥٧/١١/١٢ رقم ١١ ص ٥٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين والقاهرة الابتدائية في ٥٨/٦/١ رقم ١٥٦٩ ص ٥٦ كلى (صالح حنى) رقم ٢٨٩ ص ٢٢٩ . وكذلك في ١٩٥٨/١/٢٩ رقم ٢٩٩٩ ص ٥٦ كلى (صالح حنى) رقم ٦٥٢ ص ٤٩٧ . وكذلك الاسكندرية الابتدائية في ٥٧/٥/٢٠ رقم ٢٧ ص ٥٧ كلى . وقد جاء به إن الاثبات والروم الأرثوذكس يدينون بالطلاق . « ومن ثم تسع دعوى الطلاق بين الزوجين - غير أنه في تطبيق أسباب الطلاق الموضوعية يرجع للشريعة الاسلامية لأنها التشريعية العام » .

وأنظر كذلك استئناف الاسكندرية في ٥٧/١٢/١٩ رقم ١٥ ص ١٢ في حيث جاء به أنه إذا « كان الزوج من طائفة الأرمن الكاثوليك التي لا تقر انحلال وباط الزوجية بالطلاق =

وإذ كنا نرى أن الكاثوليك هم وحدهم الذين لا يدينون « بالطلاق » ،
فإن القيد الوارد في المادة ٧٩٩ لا يسرى إلا في شأنهم وحدهم ، وبالتالي
يتمين على القضاء الحكم بعدم سماع الدعوى التي يرفعها أحد الزوجين على

== أو التطبيق ، فتكون الدعوى غير مسوعة « (صالح حتى ٢ رقم ٦١١ ص ٤٦٦) . وأنظر
كذلك حكم المحكمة نفسها (غير منشور ، وقد سبقت الإشارة إليه) في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩
رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ .

وأنظر حكم استئناف القاهرة في ١٢ ديسمبر ١٩٥٨ (خراج و رابع ، رقم ٢٢ خاصة
ص ٢٢١ - ٢٢٢) ، وقد جاء فيه :

« ومن حيث أن الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ نصت على أنه « لا تتم دعوى الطلاق من
أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بالطلاق فبذلك لا يمتنع على أحد
ولا تتم دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إذا كانا لا يدينان بالطلاق » ، وتسم
إذا كانا يدينان بالطلاق ، لأنها اشتملت على مستثنى منه ومستثنى ، وحكم المستثنى دائما غير حكم المستثنى
منه . وقد بينت المذكرة التفسيرية ذلك حين ذكرت أن بعض الطوائف يدين بالطلاق وبعضها
لا يدين به . كما بينت المحكمة من وضع هذه المادة . وترى المحكمة في هذا المقام بيان معنى
يدينان بالطلاق ، أما يدينان فمعناها أن الزوجين يعتقدان بشرعية الطلاق ، وأن دينهما
يقدر الطلاق بين الزوجين ، وإن كان هذا الطلاق متوقفا على تحقق موجب من وقوع زنى
أو تبيح دين أو على أى سبب من الأسباب المتبررة لوقوع الطلاق . ولو لم نصر المحكمة إلى
هذا النظم لكانت جميع الطوائف لا تدين بالطلاق ، وهذا يخالف المادة والمذكرة والواقع .
ومعنى الطلاق لفة رفع القيد وشرعا رفع قيد النكاح بلفظ خاص . وبهذا التعريف يكون
الطلاق أو التطبيق بمعنى واحد ، وكل تقرير بينهما مردد العرف . ولذا عبرت القوانين
الموضوعة لها حكم الأحوال الشخصية بالطلاق للضرر ، والطلاق للعب ، والطلاق قسبية
والإحصار ، والطلاق لعدم الاتفاق ، وطلقها القاضي طلقه بإئنة ، وكان التطبيق رجيا
يراجع القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وسنة ١٩٢٩ ، وإن كان الطلاق في هذه المواضع يقع
بحكم المحكمة . ومن ذلك يستبين أن المراد أن يكون مبدأ الطلاق مشروعا في مذهب الزوجين
وإن توقف على حكم القاضي بعد التأكد من تحقق شروطه . ومذهب الطرفين مختلف
باعتراف وكيل الزوجة في تصويب رأى النيابة في طلبها رفض الدفع بعدم الاختصاص ،
ولا يكون ذلك إلا عند اختلاف مذهبها ، وهما يدينان بالطلاق ، لأن الطوائف التي لا تدين
بالطلاق هي الروم الكاثوليك واللاتين الكاثوليك (يراجع منشور الوزايرة في ٢٨ سبتمبر
١٩٣١) . وقد أبدت محكمة النقض هذا القضاء وقررت أن الملة الوحيدة التي لا تمجيز التطبيق هي
ملة الكاثوليك . ولهذا فانه لا يرجع لشرعية الزوجين عند اختلافها في الطائفة أو الملة إلا لبيت
دينونها بوقوع « الطلاق فقط » (نقض في ٦ فبراير ١٩٦٢ طعن ٣٦ ص ٢٩ مجموعة المكتب
التقنى ص ١٤ عدد ١ رقم ٢٨ ص ٢١٠ . وكذلك طعن رقم ٣٧ ص ٣٠ ، وطعن رقم ٣ ص ٢١
للمرجع السابق رقم ٣٠ و ٢١٨ ص ٢١٨ وما بعدها على التوالي .

الآخر طالبا التطلق . فاذا كان النزاع بين مختلfi الطائفة والملة من غير الكاثوليك ، طبقت الشريعة الاسلامية دون القيد الوارد فى النص السابق ، كما لو تعلق الأمر بنزاع بين المسلمين تماما .

ومع ذلك يبدو من بعض أحكام المحاكم أن هذا القيد يجب إعماله لدى غير الكاثوليك ، خارج الحالات التى يدينون فيها بالطلاق (التطلق) . وبعبارة أخرى أنه إذا كانت الطوائف الأخرى من غير الكاثوليك تبيح التطلق فى حالات محددة ، فإن خارج تلك الحالات تطبق المادة ٧/٩٩ ، وبالتالى لا تسمع دعوى التطلق إذا ما استند إلى سبب آخر غير تلك الاسباب المحددة^(١) .

إلا أننا لا نقر هذا الاتجاه . بل يكفى فى نظرنا ، لى تطبق الشريعة الاسلامية ، كما تطبق بالنسبة للمسلمين ، أن يكون الطرفان ممن يدينون بالتطلق من حيث المبدأ فقط ، وبالتالى فانه يحكم بالتطلق إذا ما طلبه ، غير الكاثوليك حتى فى الحالات التى لاتعد سببا للتطلق عندهم . ذلك أنه فضلا عن أن ما يفهم من روح القانون من أن المقصود بمن يسرى فى شأنهم منع القضاة من سماع الدعوى طبقا للمادة ٧/٩٩ هم الكاثوليك ، على ما بينا ، فإن « من يعنى فى قراءة المذكرة الايضاحية للفقرة ٧ من المادة ٩٩ والحكمة التى من أجلها صدرت ، ومن يراجع منشور وزارة العدل يخلص إلى قول واحد هو أن المقصود هو الاعتقاد بمشروعية الطلاق من حيث المبدأ . إذ لا يعقل أن يكون مقصود المشرع هو الاعتقاد بمشروعية السبب ، وإلا لكان القول بتطبيق حكم الشريعة

(١) أنظر حكم القاهرة الابتدائية فى ٢٧/١٠/١٩٥٧ رقم ٢٧٨ س ٥٧ (صالح حتى ٢ رقم ٢٥٦ ص ٢١٧) .

الاسلامية على طلاق غير المسلمين الذين لا تنطبق عليهم شريعتهم لنسوا
لا قيمة له ، إذ أنه في جميع الأحوال سوف يكون الطلاق محكوما بشريعتهم
التي تقرر استبعادها^(١).

ومن هذا يتبين لنا أنه إذا كان من لا يدين بالتطليق هم الكاثوليك ،
فانه يجب أن يدخل في الاعتبار كذلك أن نص المادة ٧/٩٩ سالف الذكر
لا يسرى على غيرهم خارج الحالات التي يدينون فيها بالتطليق . وقد أقرت
محكمة النقض هذا الاتجاه^(٢).

وتبقى لنا في هذا الصدد مسألة أخيرة هي هل يلزم لإعمال النص السابق
بشأن الكاثوليك أن يكون الطرفان من الكاثوليك^(٣) ، أم أنه يكفي أن

-
- (١) أحد سلامة ، ط ٢ ، ص ٣٨٦ بالهامش . وانظر أيضا ص ٢٨٥ هامش ٢ ،
وانظر كذلك تطبيق صالح حتى على حكم القاهرة المشار إليه في الهامش السابق .
- (٢) وقد أقرت محكمة النقض حكم استئناف القاهرة رقم ١٦٩ س ٧٥ في ٢٣ مايو ١٩٥٩ -
جاء ضمن حكم النقض في ٦ فبراير ١٩٦٣ - مجموعة المكتب الفني ص ١٤ رقم ٢٨ ص ٢١٠ السابق
الإشارة إليه) وعلى ما جاء ٩ من أن المقصود بكون الزوجين يدينان بالطلاق هو أنها « يستندان
ببدا شرعية الطلاق » لأن دينها لا يقره ، وإن كان هذا الطلاق متوقفا على توافر موجه من مؤا
أو تبيير دين أو لأي سبب من الاسباب الموجبة لطلاق . هذا الفهم متعين لأنه مبني على ما ذكره
القانون ، وإلا لكانت جميع الطوائف لاتدين بالطلاق . وهذا مخالف لنص المادة ومذكرتها
التفسيرية ، والطلاق والتطليق هو الفقرة بين الزوجين سواء كان من عمل الزوج أو بحكم
القضاء . وانظر كذلك حكم النقض في التاريخ السابق في الطعن رقم ٣ ص ٣١ الموضوع السابق
رقم ٣٠ ص ٢٢٢ . وقد جاء بهذا الحكم إن نص المادة ٧/٩٩ قد قصد التفرقة بين الطوائف
التي تدين بالطلاق فأجاز سماع دعوى الطلاق بالنسبة لهم ، وبين الطوائف التي لا تدين
بالطلاق وهم الكاثوليك فنسخ سماع دعوى الطلاق بينهم دفعا للحرج والمشقة . فاذا كان التائب
أن الطرفين مختلفا الملة والطائفة ولا ينتس أحدهما إلى طائفة الكاثوليك وكان الحكم المطعون
فيه رغم ذلك قد قضى بدم سماع الدعوى فانه يكون قد خالف القانون مما يتعين معه نقضه .
- (٣) (الكاثوليكي) . لأنها لو اتحدوا طائفة ومذهبها طقت شريعتهم ، ولا يثار أمر تطليق
لمادة ٧/٩٩ .

يكون أحدهما فقط كاثوليكيًا ؟

لا شك في أنه يكفي لإعمال هذا النص أن يكون أحد الطرفين كاثوليكيًا . وهذا ما يتضح من النص نفسه إذ يقول « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . ويفهم من ذلك أن الدعوى لا تسمع إذا كان أحدهما فقط يدين بالطلاق والآخر لا يدين به ، أو كان الطرفان لا يدينان به . وهذا ما أيده القضاء صراحة ، إذ قرر أنه « إذا كانت شريعة أحد الزوجين لا تقر انحلال رباط الزوجية بالطلاق أو التطليق تكون الدعوى غير مسبوعة ... بغض النظر عما إذا كانت شريعة الطرف الآخر تبيح انحلال رابطة الزوجية ^(١) » .

على أنه إذا كان يكفي لمنع سماع الدعوى أن يكون أحد الطرفين كاثوليكيًا ، فإن ذلك يكون في الحالات التي ينتهي فيها الطرف الآخر إلى طائفة أو ملة أو ديانة أخرى غير الإسلام . فإذا كان الزوج مسلمًا والزوجة كاثوليكية طبقت الشريعة الإسلامية ، وكان للزوج أن يطلق ، كما يطلق المسلم زوجته المسلمة ^(٢) .

٧٥ - هل للزوج غير المسلم أن يطلق بمحض إرادته ؟ وتسبق لنا مسألة أخيرة تثار في هذا الصدد خاصة بحق الزوج غير المسلم في إيقاع الطلاق بمحض

(١) استئناف الاسكندرية في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ وقد سبقت الإشارة إليه . وانظر كذلك بطرس كساب ، رسائله السابقة رقم ٨١ و ٨٢ ص ٩٢ - ٩٣ . ويرى أن نص المادة ٩٩ فقرة الأخيرة ينطبق ، سواءً امتحدا الطرفان في الطائفة والملة أم اختلفتا فيها . (٢) وبطبيعة الحال لا يثار الأمر بالنسبة لهالة التي تكون فيها الزوجة هي التي أسلمت لأن الزواج في هذه الحالة يجعل بقوة القانون إذا ما عرض الإسلام على الزوج ولم يقبل . وانظر بالنسبة لمن أسلم وطلق بإرادته المتفردة حكم الاسكندرية الابتدائية في ٥/٥/٢٩ وفي ١٧/٩/٥٧ رقم ٢١ و ٢٣ ص ٥٧ على التوالي (صالح حني ٢ رقم ٦٦٩ ص ٥٥٥) .

إرادته . فهل لهذا الزوج أن يوقع الطلاق بمحض إرادته ، وذلك في الحالة التي لا تتوفر فيها شروط تطبيق شريعة غير المسلمين وتكون الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق ؟

إن بحث هذا الموضوع يقتضي أن نعرض للفروض المختلفة التي يمكن أن يقع فيها الطلاق بين الزوجين ، سواء عندما يتحدثان في الطائفة والملة وتكون شريعتها هي الواجبة التطبيق ، أم عندما يختلفان وتكون الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق ^(١) ، ولكتنا تقتصر هنا على الحالة التي يختلف فيها الأفراد

(١) أنظر في هذا الموضوع ، بطرس كساب ، فقرة ٧١ وما بعدها إلى فقرة ٨٣ . ويراعي أنه في حالة اتحاد الزوجين في الطائفة والملة ليس للزوج أن يطلق زوجته بمحض إرادته إن كان مسيحياً ، حتى ولو في حالة من الحالات المحددة التي يباح فيها الطلاق عند المسيحيين لأن تقرير قيام السبب أو التحقق منه ، إنما هو أمر ينبغي أن يترك للقضاء لا للزوج . وقد جاء في حكم المحكمة استئناف القاهرة (٥٦/١٢/٥٠) رقم ٦١ س ٧٣ ق ، صالح حنفي رقم ٥٩٦ س ٤٥٥) أن المشرع لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس لا يميز للزوجين أن يشعلا من عقد الزواج بإرادتهما ، بل يأخذ ببدأ التحديد القانوني لأسباب التلطي ، فلا يفسخ العقد إلا بمحكم ولا سبباً يعنيها . . » ، وانظر أيضاً حكماً في ٥٧/٦/٥٠ رقم ٩٦ س ٧٤ ق - صالح حنفي ، رقم ٦٠٦ س ٤٦٣ حيث نص صراحة على أن « جميع المذاهب المسيحية لا تميز الطلاق بوصفه حقاً للرجل مرتبطاً بمحض إرادته .. » . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية في ٥٨/١/٢٢ رقم ٣٦ س ١٢ قضائية على و (صالح حنفي ٢ رقم ٦١٣ س ٤٦٧) . وكذلك التاهرة الابتدائية في ٥٨/٣/٣١ رقم ٤٤٦ س ٥٨ كلى (صالح حنفي ٢ رقم ٦٨٩ س ٥١٧) .

أما بالنسبة لليهود الربانيين ، فإنه يجوز للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة شأنه في ذلك شأن الزوج المسلم . ولكن الطلاق لا يصبح شرعاً إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة بصيرة شاهدين . وعلى ذلك فانه إذا كانوا يبيعون الطلاق لجرد إرادة الرجل ، إلا أنهم لا يستمدونه مالم يكن على يد الشرع . (أنظر المواد ٣٢٤ وما بعدها والمادة ٣٣٦ من ابن شمعون . وانظر في هذا الصدد الأحكام التي أوردها صالح حنفي ، المرجع جزء ٢ رقم ٦٩٥ و٦٩٦ و٦٩٧ و٦٩٨ و٦٩٩ و٧٠٠ على التوالي) . أما بالنسبة للقرايين فإن المرأة لا تطلق بمجرد إرادة الرجل ، بل لا بد من المسوغ أي أنه لا طلاق إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات ، المهم إلا إذا تراضى الزوجان ، إذ يكون للزوج أن يطلقها أصلاً ما دام مقابلة (أنظر تقصيلاً لهذا في شمار المختصر ، تعريب وشرح مراد فرج ، خاصة في ١٢٦ وبعدها) .

من حيث الطائفة والملة ، أو بصفة عامة حيث لا تتوافر فيها شروط تطبيق شريعتهم وتكون الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق . في هذه الحالة ، هل يكون للزوج أن يوقع الطلاق بمحض إرادته كما هو الشأن بالنسبة للزوج المسلم في ظل أحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك بالنسبة لمن يدينون بالطلاق وهم بصفة خاصة من المسيحيين أتباع المذهب الأرثوذكسي والبروتستانتي .

لقد انقسم الرأي حول هذا الموضوع . ففي اتجاه أول قيل إنه ليس للأفراد أن يطبقوا أحكام الشريعة الاسلامية من تلقاء أنفسهم ، بل لابد من أن يقرر القضاء ذلك ، وبما لهذا لا يكون للزوج أن يطلق زوجته ، ويطلب من القضاء إثبات ذلك . وفي اتجاه آخر قيل إنه إذا كانت الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق ، يكون للزوج غير المسلم الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، ويقع هذا الطلاق من وقت وقوعه ، حتى ولو أثير الأمر أمام القضاء .

أما عن الاتجاه الأول فقد قيل في تأييده إن توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين أو تخلفها كثيراً ما يثير صعوبات ، وبصفة خاصة من حيث إثبات انعقاد الأفراد في الطائفة والملة أو اختلافهم ، ومن حيث تغيير أحدهم لديناته أو لمذهبه أو لطائفته ، ومن حيث انساق شريعتهم أو عدم انساقها مع النظام العام . ولهذا لا يمكن أن يترتب لغیر المسلم الحق في الافادة من أحكام الشريعة الاسلامية إلا بعد أن يقرر أن هذه الشريعة هي الواجبة التطبيق على أثر بحث القاضي لمقومات تطبيقها^(١) . وبعبارة أخرى إنه لما كان الأفراد لا يعلمون من الناحية العملية بانطباق الشريعة الاسلامية ، نظراً لما يثار من عقبات حول توافر أو تخلف

(١) أنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، بند ٧٥ ص ٢٦٢ .

شروط شرائع غير المسلمين ، فإن الأمر يترك للقضاء ، وهو الذى يقرر - على ضوء ما يتضح له - ما إذا كانت الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق ^(١) ، وبالتالي يكون للزوج غير المسلم أن يطلق بإرادته .

وتأييدا لهذا النظر ، قيل إنه توجد إلى جانب ، ما سبق ضرورة فنية تستدعى القول بأن القضاء هو الذى يملك تقدير أى الشرائع قد انعقد لها الاختصاص . ذلك أن المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قضى بأنه فى منازعات الأحوال الشخصية بين غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة تصدر الأحكام طبقا لشرعيتهم متى توافرت الشروط التى يستلزمها هذا النص . ويفهم من ذلك أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط تصدر الأحكام طبقا للشريعة الاسلامية . ومعنى ذلك أن المشرع حين تصور انطباق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين إنما افترض بالضرورة أن يكون هذا التطبيق على يد القضاء ، فعبارة « تصدر الأحكام » قاطعة فى هذا المعنى ... ولهذا لا يجوز للأفراد أن يتولوا بأنفسهم تطبيق الشريعة الاسلامية ، ولئن تولوا فلن يترتب أى أثر على ذلك ، بل إن الأثر يترتب من تاريخ صدور الحكم ، ولو طبقت المحكمة قواعد الشريعة الاسلامية ^(٢) .

(١) والفاضى فى يانه لما إذا كانت الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق أم لا ينضج لرقابة محكمة التقض ، وإذا ما قرر أن الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق ، فيما كانت شروط تطبيق شريعة غير المسلمين متوافرة كان حكمه فى هذه الحالة مخالفا للقانون (انظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ص ٢٦٢) .

(٢) أنظر : أحمد سلامة ، السابق ط ٢ (١٩٦٢) رقم ١٧٦ ص ٣٩١-٣٩٢ .
وقد أيد البعض هذا النظر كذلك من أن الطلاق لا يقع بإرادة الزوج المنفردة ، بل لابد من صدور الحكم به ، على أساس أن يبين الطلاق عند المسلمين أمر يتعلق بالعقيدة الدينية للزوج المسلم ، ولهذا يصعب أن ينسحب هذا الحكم على أشخاص لا يدينون أصلا =

وبالإضافة إلى هذا فإن القول بغير ذلك يؤدي إلى زعزعة الأسر ،
لإذ قد يكون تحقق الفرد مخالفا للقانون ، ويتوهم أنه طلق فإذا به مرتبط
بالزوجة ^(١) .

هذا عن الاتجاه الأول ، وهو يرى أن تطبيق الشريعة الإسلامية على غير
المسلمين ، الذين يدينون بالطلاق ، لا يكون إلا بعد أن يقرر القضاء ذلك ، وأنه
إذا كان هذا هو ما تقتضيه الضرورة العملية فإنه هو ما يقتضيه قول المشرع
« تصدر الأحكام » في منازعات الأحوال الشخصية . . مما يستدعي أن يكون
التطبيق على يد القضاء . ومؤدى ذلك هو جعل الطلاق لا يقع بإرادة الزوج
إلا بعد أن يقرر القضاء ذلك ومن تاريخ الحكم لامن تاريخ سابق ^(٢) و ^(٣) .

== بالمعقبة التي تستند إليها تلك القاعدة (أنظر الدكتور جمال مرسى بدرى التطبيق على الأحكام
مجلة حقوق التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية السنة السادسة ١٩٥٥-١٩٥٦
العدد الثالث ، الرابع ص ٢٠٧ وما بعدها .

(١) أحمد سلامة ، السابق ص ٣٩٢ وهامش ٢ من الصفحة نفسها .

(٢) أنظر مع ذلك حلمى بطرس ، السابق ، ص ٦٩ - ٧٠ ، وهو يرى أن الطلاق
بإرادة الرجل وحدها ممنوع لدى جميع المسيحيين ، وأنه يلزم مدور حكم به من القضاء ، إذ
أن جميع الطوائف لا تعرف الطلاق وإنما تعرف التطلق الذي يتم على يد القضاء .

(٣) وفي تأييد هذا الاتجاه الأول والذي ذهبنا إليه من قبل ، صدرت فتوى من مجلس
الدولة تقرر فيها « إن المشرع عندما نص على أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب
التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية عند اختلاف ملة الخصوم » لم يقصد بغير تعيين القانون
واجب التطبيق على المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية لتغير المسلمين مختلفي الملة * ولم يقصد
بذلك النص أن يحول فروجين غير المسلمين المختلفي الملة الحق في إيقاع الطلاق وفقا للشريعة
الإسلامية بغير الاتجاه إلى القضاء ، لأنه ناط بالقضاء تطبيق الشريعة الإسلامية على منازعاتهم
لكي يحق على شروط تطبيقها ، ويتوافر على صفة هذا التطبيق « (إدارة الفتوى وقترع
لوزارتي الخارجية والعدل ، فتوى رقم ٢٢٤ في نوفمبر ١٩٥٧ في مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها
فتاوى القسم الاستشاري لفتوى والتشريع بمجلس الدولة - المكتب الفني ص ١٢ من أول أكتوبر
١٩٥٧ ، إر آخر سبتمبر ١٩٥٨ قاعدة رقم ٣٠ ص ٤٩) »

أما عن الاتجاه الثانى ، فانه يحل للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة
وقع الطلاق من تاريخ إيقاعه ، حتى ولو كان هناك نزاع أمام القضاء . فلا يلزم
أن يقع الطلاق أمام القاضي . بل إنه حتى إذا أثير نزاع أمام القضاء حول وقوع
الطلاق أو عدم وقوعه ، فانه يقع من تاريخ إيقاعه متى تبين للمحكمة أن شروط
انطباق شريعة غير المسلمين لم تكن متوافرة حيث ثبتت الاختصاص للشريعة
الإسلامية . أما إذا أثير النزاع وتبين للقضاء أن شروط تطبيق شريعة
غير المسلمين كانت متوافرة ، فإن معنى هذا أن الطلاق لم يقع صحيحا وبالتالي
لا يمتد به ، أى يعتبر أن « الطلاق لم يقع ، لأنه أوقع فى وقت كان الزوجان
غير خاضعين للشريعة الإسلامية ، أى فى وقت لم يكن الزوج يملك فيه إيقاع
الطلاق بإرادته المنفردة » (١) .

هذان هما الاتجاهان اللذان قيل بهما فى هذا الصدد ، والواقع أنها يتفقان
فى أنه يلزم أن يعرف أولا أن الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق ، حتى يكون
لغير المسلم إيقاع الطلاق بإرادته ، وإذا كان رأى الأول يخول له هذا الحق بعد
التيقن من أن هذه الشريعة هى الواجبة التطبيق ، فان رأى الآخر يخول له
هذا الحق طبق مشيئته ، حتى ولو لم يحصل مثل هذا التيقن ، مما يؤدى إلى هذه
النتيجة القرية التى يصل إليها ، وهى أنه إذا حصل نزاع حول حق الزوج فى
إيقاع الطلاق بعد أن أوقعه ، فاننا قرر الطلاق أولا قرره ، بحسب ما إذا تبين
أن الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق أو أنها ليست كذلك . وهذا يوقع الزوج فى
الخرج لو قيل بأنه يكون له مثل هذا الحق ، بعد أن يكون قد أوقعه ، ثم يتصرف على هذا
الأساس ، أى على أساس أنه صار غير متزوج ، فيسارع إلى التزوج بأخرى مثلا .
ويرى نفسه بعد ذلك وقد ألقى طلاقه السابق وأن زواجه الأول لا زال قائما .

(١) إهاب اساعيل : أصول الأحوال الشخصية ، السابق رقم ١٦٦ ص ٢٧٨ .

حقا إن في هذا زعزعة للأسر ، كنا في غنى عنه لو تحققنا أولا أنه كان من حقه على وجه اليقين ، إيقاع الطلاق بإرادته .

ولهذا نرى أن يفرق في هذا الصدد بين صورتين : صورة ما إذا قام نزاع حول تطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين ، أو الشريعة الإسلامية ^(١) ، وصورة ما إذا لم يكن هناك نزاع حول تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، بأن كان تختلف شروط تطبيق شريعة غير المسلمين أمرا واضحا .

وفي الحالة الأولى لا نرى أنه يكون للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته ، وهذا هو ما يتفق مع الرأي الأول . ذلك أنه متى كان هناك نزاع بين الزوجين ، لا ينبغي أن نخول أحدهما حقا مترتبا على الفصل في هذا النزاع . كما نرى بالإضافة إلى الاسانيد التي سقناها تأييدا لهذا الرأي أنه ينبغي ألا نخول الزوج إيقاع الطلاق إلا بعد أن قضى المحكمة بعدم توافر شروط تطبيق الشريعة الدينية ، وأن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم العلاقة بينهما . ولا يمتد في هذه الحالة بأي طلاق يقع إلا من تاريخ هذا الحكم باعتبار أن الحكم هنا ينشئ الحقوق ، لا يقررها . فهو الذي يخول لغير المسلم حقوق الزوج المسلم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما في الحالة الأخرى ، حيث لا يقوم هناك أي نزاع بين الطرفين حول تطبيق الشريعة الإسلامية — وهي صورة نادرة من الناحية العملية ، كما قلنا ^(٢) — فإذا يكون الحكم ؛ إذا ثبت ذلك بصفة قاطعة ، كما إذا كان قد

(١) ويبدو أن الدكتور أحمد سلامة ، في تأييده للرأي الأول لم يعرض إلا للصورة التي يكون فيها نزاع بين الطرفين ، فلم يعرض للصورة التي يمكن أن يفيد فيها غير المسلم من أحكام الشريعة الإسلامية . دون أن يكون هناك أي نزاع . وهذا أمر لا ينكر . متى كان من المسلم به أن الشريعة الإسلامية هي الواجبة للتطبيق .

(٢) هذا فضلا عما قد يكون فيها من شبهة التعاليل على التماس من الرابطة الزوجية في ظل الشريعة الإسلامية ، فقد يسلم الزوجان بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، على خلاف الواقع ، ليتوصلا =

جدر من القضاء قبل ذلك حكم في نزاع زوجي قرر فيه أن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم العلاقة بين الزوجين ، أو كما إذا كان الزوج قد غير ملته أو طائفته بطريقة رسمية لاجدال فيها ، فإنه يكون له أن يفيد من أحكام الشريعة الإسلامية . شأنه في ذلك شأن أى زوج مسلم ، وبالتالي يكون له أن يطلق بإرادته . فإذا ما نوزع الزوج في حقه في إيقاع الطلاق بإرادته ^(١) ، رغم التسليم بتطبيق الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ ، ينبغي أن يقضى له بذلك ومنذ تاريخ إيقاعه . إذ لا جدال في أننا ما دمنا قد ارتأينا تطبيق الشريعة الإسلامية على الزوجين ، وهذا ما هو مسلم به في الفرض الذي نحن بصدده ، فيجب ألا نجتزئ منها ونطبق بعض أحكامها دون الآخر . وإلا فما هو الفصل بين ما نطبقه وبين ما نستبعده . وقد نص المشرع في المادة ٦ من القانون ٤٦٢ على تطبيق الشريعة الإسلامية إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ^(٢) .

هذا هو ما ينبغي أن تتجه إليه تمسحاً مع الرغبة في الحفاظ على كيان الأسر ، وسدّاً لكل ما قد يترتب على إدعاء الزوج إمكان إيقاع الطلاق بإرادته . فإذا كان هناك نزاع حول مبدأ تطبيق الشريعة الإسلامية وتوافر أو عدم توافر

= إلى الطلاق عن طريق الادعاء بالاختلاف في الطائفة أو الملة نظراً لتبني أحدهما . ولهذا يجب أن يثبت مثل هذا التبني بصورة قاطعة لدى الجهة التي يتم أمامها إثبات الطلاق .
(١) والنزاع يختلف من الحالة الأولى . إذ هنا يسلم بتطبيق الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ ، مع عدم التسليم بإمكان الطلاق بالإرادة المنفردة . أما في الحالة الأولى ، فإن المفروض أن تطبيق الشريعة الإسلامية غير مسلم به من حيث المبدأ نظراً لاختلاف أصول توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين .

(٢) من مذكرة للنيابة العامة إلى محكمة الاسكندرية الابتدائية في القضية ٥٥ لسنة ١٩٥٧ المقدمة للجلسة ٨-٤-١٩٥٨ .

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، فلا ينبغي أن يفيد الزوج من أحكام الشريعة الإسلامية ، قبل أن يقرر له ذلك . أما في الحالة الأخرى حيث لا نزاع حول مبدأ تطبيق الشريعة ، فإنه يكون للزوج أن يفيد من أحكامها مباشرة ، حتى ولو نوزع حول مدى إفادته من تلك الأحكام ^(١) . والحكم الذى يصدر فى مثل هذا النزاع يعتبر مقررا لحته ، وبالتالى إذا كان قد أوقع الطلاق قبل النزاع يعتد به من تاريخ إيقاعه .

وهذا هو ما ينبغي أن ينصرف إليه ما اتجهت إليه محكمة النقض ، وما أخذ به القضاء فى هذا الصدد من حيث الاعتراف للزوج بالحق فى إيقاع الطلاق بإرادته . فقد عرض نزاع على محكمة النقض ، وكانت الزوجة قد نازعت حق الزوج فى إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة ، وطلبت عدم الاعتداد بذلك ، خاصة أنها من المارون الكاثوليك الذين لا يدينون بالطلاق . وقد أيدت المحكمة الاستئنافية ^(٢) الزوجة فيما ادعته ، بل إنها تمادت فأنكرت تطبيق الشريعة الإسلامية بين الزوجين رغم اختلافهما فى الطائفة ، وقررت تبعا لذلك أن « القواعد الموضوعية المشتركة بين ذوى الملة المختلفة هى الواجبة التطبيق وفقا لمذهب الامام أبى حنيفة ، وأن الزواج طبقا لشريعة الملتين اللتين ينتهى إليهما الزوجان هو من الأثرار الذى لا يحل رباطه بمجرد الارادة المنفردة » . ولكن محكمة النقض لم توافق

(١) وهذا هو ما ينبغي أن يكون فى هذه الحالة ، حتى يقع الطلاق من وقت إيقاعه بإرادة الزوج ، وإلا ولو تعلق النزاع بتطبيق أو عدم تطبيق الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ ، ما وقع الطلاق إلا بعد الفصل فى هذا النزاع أولا ، والقول بأن الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق .

(٢) محكمة استئناف الاسكندرية فى النزاع رقم السنة ١٩٦٠ . وقد جاء ضمن حكم النقض المذكور مجموعة المسكبات لفتى س ١٤ عددا حكم ٢٧ س ٢٠ ق .)

على هذا وألفت حكم الاستئناف ، وأيدت في الوقت ذاته حكم المحكمة الابتدائية ، على اعتبار أنه كان من الثابت أن الزوجين مختلفان في الطائفة وأنهما يخضعان في منازعات الأحوال الشخصية لأحكام الشريعة الإسلامية التي تميز الطلاق بالارادة المنفردة ، وخاصة أن الطرفين يدينان بالطلاق ، لأنه كان من الثابت أنهما أرثوذكسين رغم اختلافهما في الطائفة ^(١) .

كما أقرت محكمة النقض موقف المحكمة الابتدائية من اعتبار الطلاق واقعا من وقت إيقاعه . فقد تبين أن الزوج قد أوقع الطلاق في ١٤ / ٦ / ١٩٥٩ ، وأن الحكم الاجرائي الذي أقر بحق الزوج في إيقاع الطلاق قد صدر في ٢٠ / ١٢ / ١٩٥٩ ، إذ تبين للمحكمة الابتدائية أن الزوجين مختلفا الطائفة ، وأن الزوجة كانت قد غيرت مذهبها من المارون الكاثوليك إلى الاقباط الأرثوذكس ، وذلك بانضمامها إلى الطائفة الأخيرة بناء على رغبتها وبعد اتخاذ الإجراءات الدينية المتبعة ، وتمهدها بالخضوع لأحكام وتعاليم الكنيسة الأرثوذكسية ، حسب الشهادات التي قدمت للمحكمة ، كما أن الزوج غير طائفته إلى الروم الارثوذكس قبل رفع دعواه بطلب إثبات الطلاق . وبهذا أصبح الطرفان مختلفي الطائفة ، ومن ثم يخضعان لأحكام الشريعة الإسلامية .

(١) والواقع أن فتراع الذي أثارته الزوجة كان ينصرف إلى ناحية واحدة أساسية هي أنه ليس للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة ، خاصة أنها لاتدين بالطلاق باعتبار أنها كاثوليكية . وهي بهذا قد أثارَت ناحية أخرى ، ناحية عدم صحة تغيير طائفتها ومذهبها إلى الاقباط الأرثوذكس . ويبدو أن محكمة النقض لم تنظر إلى هذا الاعتبار الثاني ، لتعارضه مع ما كان ثابتا من أن تغيير الزوجة لطائفتها ومذهبها قد تم طبقا للاجراءات المطلوبة ، وأنه يستند به ويرتب أثره .

وكل هذا كان ثابتاً بطريقة واضحة ، رغم منازعة الزوجة في أحقية الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته .

ومن هنا يتضح أن حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته كان ينبغى التسليم به منذ البداية نظراً لاختلافه مع زوجته في الطائفة ، وخاصة أن ذلك قد تبين بطريقة لا خلاف فيها . فإذا نازعت الزوجة في أمر ثابت مدعية أنها لازالت كاثوليكية لا تدين بالطلاق ، أو أنه ليس لزوجها أن يطلق بإرادته ، لا ينبغي أن يقبل منها ذلك ، لأن اختلافهما في الطائفة كان ثابتاً ، وبالتالي تنطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية لا شرائع كل منها ، ومن حق الزوج أن يوقع الطلاق بإرادته .

وعلى هذا فإنه إذا كان من الواضح أن الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق كان للزوج أن يطلق بإرادته ، ولا يهم ما قد يدعيه أحد الزوجين خلاف ذلك ، متى كان ادعاؤه يخالف ما هو ثابت فلا . وقد جاء في حكم النقض السابق أن « .. ولما كان من الثابت من وقائع الدعوى أن الطاعن ينتمى إلى طائفة الروم الأرثوذكس ، وذلك قبل رفع الدعوى ، وأن المظنون عليها انضمت إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس قبل زواجها ، أى أنها مختلفتا الطائفة ويدنسان بوقوع الطلاق ، فكان يتعين ، قرىناً على ما تقدم ، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .. »^(١) .

(١) وفي اعتقادنا أنه لو لم يكن أمر اختلاف الطائفتين في الطائفة ثابتاً بطريقة لا تقبل الشك ، وأن التزاع كان قد أثر أساساً حول هذا الموضوع ، ولم يكن ادعاء الزوجة أنها لازالت كاثوليكية ظاهراً فيه عدم الجدية ، ما كانت المحكمة قد وصلت إلى النتيجة التي أتت إليها ، بل كان يجب عليها أن تنقض بإيقاع الطلاق من تاريخ الفصل في التزاع ، لا من تاريخ سابق .

ولا نعتقد أن قضاء المحاكم الأخرى^(١) إذا كان يقر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ويجعل للزوج غير المسلم أن يطلق بإرادته ، ولو دون عرض الأمر على القضاء ، يقصد الخروج على هذا . إذ يتعين أولاً أن يكون أمر تطبيق الشريعة الإسلامية مسلماً به ، قبل القول بأن له أن يطلق بإرادته . فإذا كان الأمر مسلماً به أو اتضح هذا من ظروف لا تقبل الشك ، فلا يكون للزوجة أن تدعى أن ليس للزوج أن يطلقها بإرادته استناداً إلى الأحكام الموضوعية في الشريعة الإسلامية .

نخلص مما سبق أنه ينبغي أن نفرق بين حالتين عند تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين : حالة ما إذا كان هناك نزاع حول مبدأ تطبيق هذه الشريعة أو عدم تطبيقها ، وفي هذه الحالة ينبغي أن يعرض الأمر على القضاء ليقرر ما إذا كانت هذه الشريعة واجبة التطبيق ، ومتى تقرر ذلك كان للزوج أن يفيد من أحكامها ويطلق زوجته بعبارة . وحالة ما إذا كان تطبيق الشريعة الإسلامية غير متنازع فيه من حيث المبدأ ، حيث يكون للزوج أن يستفيد مباشرة من أحكامها فيطلق ، ويقع طلاقه من وقت إيقاعه .

(١) انظر حكم الاسكندرية الابتدائية في القضية رقم ٥ س ١٩٥٧ في ٢٦/٢/١٩٥٧ القاهرة الابتدائية في ١٤ / ٤ / ١٩٥٧ رقم ١٣١٨ س ٥٦ في صالح حتى ٢ س ٢١٢ رقم ٣/٢٥١ . استئناف الاسكندرية في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ قضية ٢ س ١٩٥٩ (غير منشور) . وقد جاء هذا الأخير إن « الزوج أن يتنرد بإيقاع الطلاق بزوجه » ، وأن يرفع قيد الزواج بمجرد صريح قوله . ولا شأن في ذلك بتقيد الزوج ، سواء كان مسلماً أو غير مسلم ، لأنه يستلحق من الحقوق الناشئة عن تطبيق الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية في خصوص الطلاق . ولا شك أن تحويل المحكمة هذا الحق للزوج يفترض أولاً تسليها بأن انشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق . ثم أنظر كذلك مذكرة النيابة العامة إلى محكمة الاسكندرية الابتدائية في القضية ٥٥ س ١٩٥٧ المقدمة لجلسة ٨ - ٤ - ١٩٥٨ وهي التي حصل فيها الاستئناف السابق .

٧٥- مكرود - حكم المرتد: يعرض فقهاء الشريعة الإسلامية للاحكام المتعلقة بالمرتد أو المرتدة عن الإسلام ، وما كان الأمر يستدعي أن نعرض له في مجال دراستنا لولا أن من المنازعات بين غير المسلمين ما يثار بشأنه الكلام عن المرتد الذي يترك الاسلام إلى ديانة أخرى كالمسيحية مثلا ، ويتزوج بزوجة مسيحية يتحد معه في الطائفة والملة ، ثم يثار بينها نزاع يعرض على القضاء وبالتالي يثور الكلام حول تطبيق الشريعة المسيحية أو تطبيق أحكام المرتد في الشريعة الإسلامية في صدد هذه الحالة .

والمرتد هو من رجع عن الإسلام ، سواء كان مسلما من البداية أو كان مسيحياً دخل الإسلام ثم عاد ثانية إلى المسيحية^(١) . وحكم الشريعة الإسلامية بشأنه أنه لا ملة له ، دمه مهدر ، ويستحق عقوبة القتل ، وأن زواجه باطل ، كما يبطل كل زواج يعقده . فليس له أن يتزوج بمسلمة أو بنير مسلمة . ولو كانت مرتدة مثله ، إذ الزواج يعتمد الملة ، ولا ملة له . كما أنه لا يقر على أى دين يعتقه ولو كان ديناً سماوياً . هذا هو حكم الشريعة الإسلامية في شأنه^(٢) . وقد عرضت إشكالات خاصة بالمرتد على القضاء عندنا ، وخاصة بعد إلغاء

(١) هذا ولما كان الولد يتبع غير الأبوين ديناً ، فانه إذا كان أحد أبويه مسلماً ، اعتبر مسلماً حتى السن التي يفقه فيها الأديان ، وهو سن التمييز أو البلوغ مع العقل . فإذا بلغ واختار غير الإسلام ، فهو مرتد (فتح القدير ، الجزء الثاني ص ٥٠٥ ، الهداية ، جزء أول ص ١٥٩ ، شرح الكنز ، جزء أول ص ١٣٤ — انظر الاسكندرية الابتدائية رقم ٣٢٦ ص ٩٥٦ كلي في ٧-١٠ - ١٩٥٦ صالح حنفي جزء ٣ رقم ٧٤ ص ٨٦-٨٧) . هذا ورأى جمهور الأئمة أن الولد يتبع المسلم من والديه إذا لم يكن بالغا . فإذا كان بالغا كبيراً يترك لاختياره .

(٢) انظر الاستاذ بدران أبو العيين بدران . العلاقات الخاصة بين المسلمين وغير المسلمين ، ص ١٥٤ - ١٥٨ .

(٣) انظر بدران أبو العيين ، السابق ص ١١٤ وما بعدها حتى ١١٧ - ١٢٠ .

جاءت القضاء الملى ، فاقسمت المحاكم بالنسبة لها . فمن المحاكم ما طبق أحكام الشريعة الإسلامية وقرر أن المرتد لا دين له ، وأن عقد زواجه باطل لا يترتب عليه أثر من آثار الزوجية ، وأنه يجب التفريق بين الزوجين ، وإلا فرق القاضي بينهما^(١) .

ومنها ما قرر صحة الزواج المرتد ، وتطبيق أحكام الشريعة التي ينتمى إليها متى كان متحد مع الزوج الآخر في الطائفة والملة^(٢) .

ونتيجة البعض إلى تأييد هذا الفريق الأخير من الأحكام بخصوص الحالة التي عرض لها ، وهي الاتحاد في الطائفة والملة^(٣) . وهذا الانحياز في الواقع

(١) أنظر استئناف المنصورة دائرة الزقازيق في ٢٨-٥-١٩٥٨ رقم ٥ س ١٩٥٨ ك ، صالح حنفى ٢ رقم ٦٩ س ٨٣ . وكذلك الاسكندرية الابتدائية في ٧-١٠-١٩٥٦ رقم ٣٢٦ س ٥٦ كلى ، صالح حنفى ٢ رقم ٧٤ س ٨٦-٨٧ . وكذلك محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٧-٤-١٩٥٨ رقم ٤٠٤ س ١٩٥٨ في المرجع السابق رقم ٨٧ س ٩٣ . وكذلك الرمل الجزئية رقم ٨٧٥ س ٥٧ في ١١-٨-١٩٥٨ صالح حنفى جزء ٢ رقم ٢٩٨ س ٣٢٦ .

ومن الأحكام ما رتب على ذلك منع الميراث بين المرتد وأقاربه ، فلا يرث المرتد غيره إطلاقاً ، سواء والده أو غيره (القاهرة الابتدائية في ١٨-٢-١٩٥٧ رقم ٨٦٧ س ١٩٥٨ ك - صالح حنفى ٢ رقم ٨٥ س ٩٣ . وكذلك استئناف الاسكندرية في ٢٠-٦-٥٦ رقم ٢٥ س ١٢ ق شرعى في المرجع السابق رقم ٦٨ س ٨٣) .

(٢) أنظر الأحكام التي أوردها إهاب اسماعيل في كتابه : أصول الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ١٣٢ هامش ١ وهي كلها صادرة من القاهرة الابتدائية في ٥-٣-١٩٥٩ ، وفي ١٢-٤-١٩٥٩ وفي ١٧-٥-١٩٥٩ .

وعلى ذلك إذا لم يكن المرتد متحداً مع الآخر في الطائفة والملة ، ونار بينهما نزاع طلاق أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي في هذا الصدد لا تمتد بالردة ، وتجعل من الزواج الذي أبرمه المرتد زواجا باطلاً .

(٣) أنظر إهاب اسماعيل ، المرجع السابق رقم ٧٣ ص ١٢٦ وما بعدها . أحمد سلامة الطبعة ٢ ص ٣٩٣ بالهامش . والواقع أن ما يعرض له الفقه المؤيد لهذا القضاء هو حالة ما إذا صار المرتد بد رده ، متحداً مع الطرف الآخر في الطائفة والملة ، وتوافرت شروط تحقيق

هو ما تسانده أحكام القانون ، كما تسانده فكرة حرية العقيدة ، رغم عدم اتفاقه مع حكم الشريعة الإسلامية . ذلك أنه إذا كان المشرع يعتد باتحاد الأفراد في الطائفة والملة وقت رفع الدعوى لكي يطبق شريعتهم الملية ، فانه يعتد بأي تغيير يحصل قبل رفع الدعوى ، سواء كان التغيير إلى الإسلام أو إلى غير الإسلام . إذ لا يفرق بين تغيير إلى الإسلام أو إلى غيره . وهذا ما فهم من نص المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على نحو ما قدمنا في حينه . ولا يمكن إنكار ذلك . فمفهوم المادة سالفة الذكر يؤدي إذن إلى الاعتداد بالتغيير إلى أي دين أو ملة قبل رفع الدعوى . ومن ناحية أخرى ، فإن الدستور قد كفل حرية العقيدة للأفراد ، سواء كان ذلك إلى الإسلام ، أم إلى غير الإسلام . فكفالة حرية العقيدة ليست لدين معين فقط دون سائر الأديان الأخرى^(١) .

هذا هو ما فهم من نصوص القانون الوضئ ، وهو ما يوصلنا إلى نتائج مغايرة لحكم الشريعة الإسلامية ، على الأقل في الحالة التي عرضنا لها ، وهي حالة اتحاد الطرفين (وأحدهما مرتد) في الطائفة والملة . إذ أن ما يطلب تطبيقه من القضاء

= الشريعة التي ينتهان إليها . ولهذا فالتا لا نتعد أن تأييد هذا الرأي حتى عدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة اختلاف المرتد في الطائفة والملة مع زواجه بعد الردة ، ومن بين أحكام الشريعة الإسلامية الأحكام الخاصة بالمرتد ، والتي تقضى بالتفريق بينه وبين زوجة فلا يترعى زواج .

(١) أنظر كذلك إهاب اسماعيل ، المرجع السابق والمكان نفسه ، وهو مجلس الدولة لقسم الرأي المجتمع ، مجموعة مجلس الدولة لتناوى قسم الرأي س ٧٦ (١٩٥١ — ١٩٥٢) قاعدة رقم ٣٤ س ١١١ — ١١٢ سوى رقم ٥٨٢ هي تؤيد هذا الرأي أيضا ، نظرا لأن تطبيق أحكام المرتد في الشريعة الإسلامية لا يستقيم مع إطلاق الحريات في الحريات في العصر الحديث بما فيها حرية الاعتقاد . وأن حرية الاعتقاد في ذاتها مطلقة لا قيد عليها . وأن عبارة غير المسلمين الواردة في قانون التوثيق (رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧) « تشمل كل من لا يدين بالإسلام ، سواء كان مرتدا أو مؤمنا بدين آخر يترفع به ، أو غير مؤمن بأي دين .. » .

هو قواعد الملة التي يتبعانها في النزاع المعروض . وقد يصل الطرفان إلى ذلك دون أن تثار مسألة الردة على الإطلاق من الناحية العملية . أما خارج الحالة التي يتحد فيها الطرفان ، على النحو السابق ، في الطائفة والملة ، فانه يمتنع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن بينها الأحكام المتعلقة بالمرتد فيما يتعلق بإبطال زواجه . إذ أن هذه الأحكام لا زالت قائمة ويعمل بها . كما يعمل بالآثار الأخرى التي تترتب على الردة كالمنع من الميراث .^(١)

٧٦ - خلاصة الكتاب الأول : انتهينا بذلك من القسم الأول من دراستنا حددنا فيه المقصود بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين : فينا أولا ما هو المقصود بالأحوال الشخصية ، كما حددنا المقصود بغير المسلمين من المصريين ، واتمينا إلى أن تحديد نطاق الأحوال الشخصية ، وتحديد غير المسلمين من المصريين يعتبر أمراً لازماً للتوصل إلى تطبيق شريعة غير المسلمين في المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية . وقد أدى بنا ذلك إلى التعرض لما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، ثم لبيان ما هي الشروط اللازمة لتطبيق هذه الشريعة ، وماذا يترتب على تخلف تلك الشروط من آثار ، سواء من حيث الاختصاص القضائي أم من حيث الاختصاص التشريعي .

كل هذه المسائل المترابطة عرضنا لها بالدراسة قبل أن نعرض للدراسة الأحكام الموضوعية في شرائع غير المسلمين من المصريين ، لأنها في الواقع تعتبر أساساً يقوم عليه دراسة مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين من

(١) حقا إن أحكام الردة لا تطبق من الناحية الصلبة من حيث قتل المرتد إذا كان دينا ، أوجبه حتى يموت إذا كانت امرأة . ولكن لمانع من تطبيق الآثار التي تترتب على الردة في النطاق الذي تطبق فيه الشريعة الإسلامية ، في مجال الأحوال الشخصية وهو المجال الذي تعتبر الشريعة الإسلامية فيه مصدرا أصليا خاصا من مصادر القانون .

المصريين بصفة عامة . فكل نزاع يعرض في هذا الصدد ، سواء بين مسيحيين أم بين يهود على اختلاف ملهم ونحلهم ، لابد أن يعرف فيه أولا : هل هو من المسائل الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية التي حددناها ، أم أنه ليس كذلك ؛ إذ يترتب على اعتبارها داخلة في هذا النطاق أوذاك آثار قانونية هامة ، لأنها لو اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية ينبغي أن تطبق في شأنها الشريعة الخاصة بغير المسلمين ، إذا توافرت شروط تطبيقها ، وإذا لم تعتبر كذلك فإنها تخضع للقواعد القانونية الأخرى المدنية أو غيرها ... وكذلك لابد أن نعرف ما إذا كان أطراف النزاع من غير المسلمين المصريين على التحديد الذي أوضحناه . وإلا إذا تعلق النزاع في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية بمسلمين ، أو بغير مسلمين لكن من غير المصريين (أجانب) ، فإن الحكم يختلف ، إذ تطبق الشريعة الإسلامية أو يطبق القانون الشخصى بالنسبة للأجانب ..

وكان لابد كذلك أن نعرف ماذا يعتبر شريعة عند غير المسلمين المصريين وما هي الشروط المستلزمة لتطبيق هذه الشريعة ، إذ أن توافر هذه الشروط أو تخلفها تترتب عليه آثاره ، لأن هذا سيتهى بنا إما إلى تطبيق شريعتهم ، وبذلك تبدو الحاجة إلى معرفتها ، وإما إلى الامتناع عن تطبيقها وتطبيق الشريعة الإسلامية .

كل هذه المسائل الرئيسية التي عرضنا لدراستها ، وما يتصل بها من مسائل وتفرعات كانت أمورا لازمة . بل يمكن القول إنها تعتبر بمثابة النظرية العامة لدراسة الأحوال الشخصية لغير المسلمين . ولا يمكن الاستغناء عنها كالمعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين بصفة

عامة ، إذ أننا لم نحاول في دراستنا أن نقف لدى طائفة معينة أو مذهب معين . بل كان هدفنا وضع أسس وقواعد تنطبق على غير المسلمين من المصريين بصفة عامة ، فما يعتبر من الأحوال الشخصية مثلاً ، إنما هو عام بالنسبة للمسيحيين وبالنسبة لليهود . وتحديد الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين إنما هو عام كذلك بالنسبة للجميع ، إذ يلزم توافر هذه الشروط في كل حالة من الحالات التي تعرض في مسائل الأحوال الشخصية ، سواء تعلق الأمر بمسيحيين أو يهود كذلك . . . وهكذا . ومن ذلك يتبين لنا مدى أهمية دراستنا السابقة قبل أن نعرض للأحكام الموضوعية الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين . وقبل أن ندلف إلى دراسة تلك الأحكام يتعين علينا أن نذكر بما سبق لنا بيانه في هذا الصدد من المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين . فقد رأينا أن ما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية يكاد يقتصر على المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج ، وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والموطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالابوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأقارب ، وتصحيح النسب والتبني .

وستكون هذه المسائل موضوع دراستنا في الكتاب الثاني المخصص لدراسة الأحكام الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين ، وهي ترد بصفة عامة إلى طائفتين رئيسيتين من المسائل هما : الزواج وما يتصل به ، والقرابة .

الكتاب الثاني

الأحكام الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية
لدى غير المسلمين من المصريين

البَابُ الأوَّل

الزواج وما يتصل به في شرائع غير المسلمين

من المصريين

تمهيد

٧٧ - تنظيم الشرائع السماوية للزواج وحتمها عليه :

عنيت الشرائع السماوية بتنظيم الزواج عناية خاصة تبدو فيما جاء بشأنه في الكتب السماوية سواء في التوراة أم في الانجيل أو في القرآن . وقد حرصت تلك الشرائع على تنظيمه فأحاطته باهتمام وعناية في جميع مراحلها ، بل إن عنايتها بتنظيمه لم تقف عند المرحلة التي ينشأ فيها ، أي المرحلة التي تقوم فيها العلاقة بين الزوجين ، ولكنها امتدت إلى ما قبل ذلك ، بل وحتى إلى ما بعد انتهاء رابطة الزوجية . ذلك أن تلك الشرائع قدرت ما للزواج من أهمية اجتماعية خاصة ، فحرصت على أن يكون اختلاط الرجل بالمرأة اختلاطاً مشروعاً ، ولهذا تدخلت بفرض إجراءات معينة من شأنها تنظيم العلاقة بينهما عن طريق الزواج ، وحرمت كل علاقة جنسية بين الذكر والأنثى خارج نطاقه .

هذا التنظيم الذي به الشرائع جاءت السماوية لا يهدف إلا إلى خير الإنسانية ومصلحة المجتمع البشري . وخير سبيل لتحقيق ذلك هو إقامة دعائم الأسرة التي هي نواة المجتمع عن طريق الزواج ؛ فالزواج لا يهتم الفرد وحده ، ولكنه يهتم الجماعة بأسرها ، لما له من أثر في الإبقاء عليها ؛ لأن بقاء الجنس

البشرى يتوقف على ضرورة اتصال الرجل بالمرأة على وجه يتحقق معه التناسل .
ولما كان هذا الاتصال يمكن أن يتم في أية صورة من الصور ، وقد يكون من
تلك الصور ما لا يليق بالإنسانية ، لذلك كان لابد من تنظيمه عن طريق
الزواج ، إذ به تصبح الزوجة مقصورة على زوجها ، فيكون الولد معروف
النسب ، يشملهُ أبواه بالمطف والرعاية؛ وهما يؤديان بذلك للإنسانية والمجتمع
خدمة لا تمد لها أية مقاصد مادية أخرى يهدف إليها عن طريق الزواج ؛ وهذا
في الواقع هو ما يبرر تدخل الشرائع المختلفة في تنظيم الزواج ؛ فهي تتدخل في
تنظيمه رعاية لمصلحة عليا تمس كيان المجتمع ، وليس لشهوات الأفراد المادية عن
طريق إشباع الفرائز . فبالزواج تقام أسرة جديدة وتخلق خلية حية في المجتمع ،
ولهذا فإن الهيئة الاجتماعية في كل جماعة من الجماعات التي وصلت حتى ولو إلى
قدر ضئيل من المدنية ، تتدخل لتنظيم الزواج ، واضحة نصب أعينها في هذا
التنظيم ألا يضحى الأفراد بالصالح العام في سبيل نزواتهم الشخصية وغرائزهم
المادية^(١) .

وإذا كان القرآن الكريم قد أبان عن نعمة الزواج وضرورته في مواضع
شتى ، فإن الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية قد أباتتا كذلك عن ضرورته
وأهميته منذ بدء الخليقة حينما خلق الله آدم ولم يرد أن يبقى وحده ، فوضع لعنة
الزواج مبينا أنه لا يحسن أن يكون الانسان وحده ، وأنه في حاجة إلى امرأة
لتكون له عوناً ، وذلك حيث يقول : « ليس جيداً أن يكون آدم وحده ،

(١) أنظر في أهمية الأسرة وصلاحها بالمجتمع : Jacques 'o Clercq: Leçon de Droit : Naturel III, La Famille , 1930 , nos 3 et 4 . p. 31 et s .
حكمة مفروعية الزواج ، وحكمة تفرمه الاستاذ عمر عبد الله ، الأحوال الشخصية ، المرجع
السابق ص ١٨ - ٢٠ والكتور محمد يوسف موسى . الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ٢٧ - ٤٠ .

فاصنع له معينا نظيرة»^(١). ولكي يظهر الله منزلة المرأة ومكانتها لدى الرجل بين بعد ذلك كيف أنه استلها من أضلاع آدم وهو نائم، فسر آدم بوجودها، وقال « هذه الآن عظم من عظامي ولحم من لحمي، هذه تدعى امرأة لأنتها من امرى. أخذت. لذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً»^(٢).

وقد حثت الشريعة الموسوية على الزواج والتناسل، فجاءت التوراة تأمر بذلك بقولها: « فأنتمروا أنتم وأكثروا وتولدوا في الأرض وتكاثروا فيها»^(٣). حتى أن جمهور الربانيين قد ذهب إلى أن ذلك إنما هو على سبيل الأمر، وأن من لا يعبه الزواج كان بمنزلة السفاح، أى سفك الدماء، ويكون كذلك بقدر ما يرض به أو يهدره من النسل. ولهذا قالوا بفرض الزواج شرعا على كل لإسرائيلي، فصت المادة ١٦ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون على أن « الزواج فرض على كل لإسرائيلي ». كما قيل أيضا إن من عاش عزبا، كان سببا في غضب الله على بني إسرائيل^(٤).

وقد اهتمت الديانة المسيحية كذلك بالزواج، وجعلته من المقدسات الدينية وأعادت شريعته إلى وضعها الأول، بعد أن تخطى اليهود حدود هذه

(١) سفر التكوين، الإصحاح ٢ الآية ١٨.

(٢) سفر التكوين، الإصحاح ٢. أنظر الآيات ٢١ وما بعدها.

(٣) « » « » ٩ الآية ٧.

(٤) أنظر في فرض التناسل: مراد فرج. الفراءون والربانيون. السابق ص ١٤٧-١٤٨.

ومع ذلك. فقد يكون الزواج مكروها عند اليهود. من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٠ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون من أن « عقد الرجل على الزوجة من غير أن يراها مكروه ». وما نصت عليه المادة ٢١ من أن «... زواج الشيخ بصية وزواج المجوز بصي زواج مكروه ».

الشريعة ، لدرجة أن شريعة موسى أباحت لهم تعدد الزوجات بسبب قساوة قلوبهم ، فمنع المسيح تعدد الزوجات ، وحرم الطلاق كقاعدة عامة . ولما سمع الفريسيون ^(١) بتعاليم المسيح جاءوا إليه ليجريوه قائلين له : « هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب ؟ فأجاب وقال لهم أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ، وقال : من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً . إذاً ليسا بعد اثنين ، بل جسد واحد . فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان . قالوا له : فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق ، قال لهم إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم . ولكن من البدء لم يكن هكذا .. ^(٢) »

وهكذا نجد الشريعة المسيحية هي الأخرى قد عنيت بتنظيم الزواج ووضع أسسه ، وأسس العلاقة بين الزوجين ، وحقوق كل منهما وواجباته نحو الآخر ، وحثت على أن يوفى « الرجل المرأة حقها الواجب وكذلك أيضاً الرجل » ، كما بينت أنه بالزواج يحل للرجل التمتع بامرأته وللمرأة التمتع بزوجها . وأن هذا حق قاصر عليهما دون غيرها ، إذ ، « ليس للمرأة تسلط على جسدها بل للرجل ، وكذلك الرجل أيضاً ليس له تسلط على جسده بل للمرأة » ^(٣) . وغير ذلك من الآيات المنظمة لشئون الزواج والعلاقة بين الزوجين . وقد حثت المسيحية كذلك على الزواج والتناسل ، وإن كانت قد آثرت

(١) روم أصحاب المذهب المنزمت في الشريعة الموسوية من العلماء بأحكامها (حلمي بطرس

السابق ، ص ٩٤) .

(٢) انجيل متى . الاصحاح ١٩ . الآيات ٣ وما بعدها .

(٣) رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس . الاصحاح ٧ الآيات من ٢ إلى ٤ .

عليه التبتل ، إذا استطاع الشخص أن يضبط نفسه ويكبحها عن الشهوات ، ولكن ، كما قال المسيح « ليس الجميع يقولون هذا الكلام بل الذين أعطى لهم لأنه يوجد خصيان ولدوا هكذا من بطون أمهاتهم . ويوجد خصيان خصاهم الناس . ويوجد خصيان خصوا أنفسهم لأجل ملكوت السموات . من استطاع أن يقبل فليقبل » ^(١) . ويقول بولس الرسول في رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس ^(٢) : « ولكن أقول لغير المتزوجين وللأرامل إنه حسن لهم إذا لبثوا كما أنا ، ولكن إن لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا . لأن التزوج أصلح من التحرق » . ويقول أيضا : « وأما الأمور التي كتبتم لي عنها ، فحسن للرجل ألا يمس امرأة . ولكن لسبب الزنا ، ليكن لكل واحد امرأته وليكن لكل واحدة زوجها » ^(٣) . وهكذا يبين لنا أن المسيحية إذا كانت تحت على الزواج والتكاثر إطاعة لأمر الله حين يقول « أنموا واثكروا » ، فانها تفضل البتولية إذا استطاع الشخص كبح جماح شهوته ، لأن « غير المتزوج فيهم في ما للرب كيف يرضى الرب . وأما المتزوج فيهم في ما للعالم كيف يرضى امرأته » و « أن بين الزوجة والعزباء فرقا ؛ غير المتزوجة فيهم في ما للرب لتكون مقدسة جسداً وروحاً . وأما المتزوجة فتهن في ما للعالم كيف ترضى زوجها » . هذا هو ما تتجه إليه المسيحية ، وعندها أن « من زوج فحسنا يفعل ومن لا يزوج يفعل أحسن » ^(٤) . والمهم في كل هذا هو القدرة على صيانة النفس في حالة عدم الزواج .

(١) انجيل متى ، الاصحاح ١٩ الآيات ١١-١٢ .

(٢) الاصحاح ٧ الآيات ٨ وما بعدها .

(٣) الاصحاح السابق ، آيات ١ و ٢ .

(٤) أنظر الاصحاح السابق . الآيات من ٢٥ إلى آخر الاصحاح .

٧٨ - التعريف بالزواج في الشريعة المسيحية : وإذا أردنا أن نعرف الزواج في الشريعة المسيحية نجد أن الخلاف يثور حول طبيعته وما إذا كان عقداً (contrat) أم نظاماً قانونياً (institution) . ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الزواج بأنه « عقد يفيد ملك المتعة قصداً » ، أى يراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ، ويجعل لكل منهما حقاً وواجبات على الآخر ^(١) . ويبين من هذا التعريف أن الزواج عقد . ونتجته فريق من الفقهاء إلى تعريف الزواج في الشريعة المسيحية بأنه عقد بمقتضاه يتفق رجل وامرأة على أن يرتبطا من أجل المعيشة المشتركة بينهما ، ومن أجل أن يتبادلا المعونة والرعاية لخيرهما المشترك ، وذلك في حدود ما يقضى به القانون ^(٢) . فهذا الفريق يبرز الجانب التعاقدى في الزواج ويضعه في المقام الأول . ونتجته جانب آخر من الفقه إلى إبراز العلاقة أو الحالة التى يكون فيها كل من الرجل والمرأة مرتبطين بالزواج ، فيعرفون الزواج بأنه ارتباط الرجل والمرأة ارتباطاً يقصد منه إنشاء أسرة : هذا الارتباط يقره القانون ويرتب عليه آثاراً قانونية ، لما له من طابع أخلاقى ، ومن أهمية اجتماعية ^(٣) .

= وانظر فى هذا أيضاً : Le Mariage Crééon, Par Le Chanoine Pierre Fournet : 5٥ éd. 1925 p. 8 - 11

Je Chanoine De Smet : Les Fiançailles et le Mariage (traduction : انظر كذلك : française) 1919, P. 72 ets.

(١) الدكتور محمد يوسف موسى . السابق فقرة ٣٨ ص ٣٧ وانظر فى تعريف الزواج كذلك . الأستاذ عمر عبد الله السابق ص ١٦ — ١٧ .

(٢) انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : دروس فى الاحوال الشخصية لعنبر المسلمين الجزء الأول عن الزواج فى القانون الفرنسى ، ص ٨ وانظر أيضاً ، جيل الشرفاوى ، الأحوال الشخصية للأجناب (سنة ١٩٥٨) فقرة ٥ ص ٩٩ .

(٣) أنظر فى هذا التعريف : Traité élémentaire : Planiol- Ripert et Boulanger : de droit civil 5e éd. 1953, t. I, n. 730 p 282 .

وانظر أيضاً: 9 p. 459, no. 7. 1948 - Anbry et Rau, Droit civil Français, 6e éd.,

والواقع أن الزواج إذا عرف على أنه « عقد » فينبغي أن يدخل في الاعتبار أنه ليس عقدا كسائر العقود، إذ أنه لا يشترك مع العقود الأخرى إلا في تراضى الطرفين القادمين على الزواج ، فالزواج ينشأ من اتفاق إرادتين تتجهان إلى إحداث آثار قانونية ، ولكن فيما عدا جانب التراضى ، يختلف الزواج عن بقية العقود ، لأن القانون يتدخل في تنظيمه ، سواء من حيث انعقاده أم من حيث آثاره أم من حيث انحلاله ، وفي هذا يختلف الزواج عن غيره من العقود الأخرى ، مما جعل جانبا من الفقه يفضل تعريفه بأنه نظام (institution) لا عقد (contrat) . ولذلك إذا قيل إن الزواج عقد ، فينبغي أن يصرف مدلول هذه العبارة إلى أنه ليس كسائر العقود الأخرى ، ولكنه عقد ليس للإرادة فيه من دور سوى القبول أو الرضى ، وإذا ما ارتضى الطرفان الدخول في العلاقة الزوجية تولى القانون تحديد ما يترتب على ذلك من آثار .

ويبدو أن المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب الأرثوذكس تتجه إلى إبراز الجانب النظامي (institutionnelle) في الزواج ، فهي لم تعرف الزواج بأنه عقد ، بل عرفته بأنه سر مقدس ... يرتبط به رجل وامرأة . بقصد تكوين أسرة والتعاون على شئون الحياة . فلم يتكلم نص المادة ١٤ عن العقد في صدد تعريفه للزواج وإن كان قد تكلم عن العقد في صدد إثبات الزواج إذ قرر أن الزواج يثبت بمقد يجره الكاهن ، والمقصود بالعقد في هذه الحالة المحرر الذى يثبت فيه الزواج^(١).

(١) وإن كانت المادة ١٤ تكلم من أن الزواج يثبت بمقد يجره الكاهن . وانظر المادة ٤٩ والتي تنص على أنه لا يثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج ، وفي حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو إتيانه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة . وانظر كذلك المادة ١٠٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاب وكذلك المادة ٤٣ للمقايينين للنابيين المذكورين من مجموعة ١٩٥٥ .

على أنه مهما يكن من أمر تعريف الزواج بأنه عقد أو نظام ، أو عقد ونظام ، معاً كما يرضى البعض ^(١) ، فإنه لا ينبغي لإنكار الصفة التعاقدية في الزواج ، ولا ينبغي القول بأن الطابع التعاقدى فيه يأتى فى المرتبة الثانية ، أو أنه أمر ثانوى إلى جانب الطابع النظامى الذى يوضع فى المرتبة الأولى ^(٢) . فنحن لا نقبل مثل هذا القول طالما أن الزواج لا يمكن أن يقوم إلا برضا الطرفين وطالما أن التراضى أمر جوهرى لقيامه ، فلا يصح القول بأنه ثانوى . حقاً إنه ليس للأفراد حرية فى تنظيم آثاره أو فى إنهائه ، إلا أن قيامه معلق على رضاهما به . لكن إذا قيل إن الزواج عقد ، فينبى أن ندخل فى اعتبارنا أنه عقد من نوع خاص يتدخل القانون فى إنشائه ، وفى تنظيم آثاره ، وفى انحلاله . على أن يراعى ما قد تصرف إليه عبارة « عقد الزواج » فى هذا الصدد؛ فقد تنصرف إلى العقد الذى يثبت فيه الزواج ، كما قد تنصرف كذلك إلى الرابطة بين الزوجين ، أو الحالة التى يكون فيها الرجل والمرأة مرتبطين بالزواج . فالواقع أن التسمية أو التعريف بأن الزواج عقد أو أنه نظام لا يغير من الجوهر شيئاً ، وهو أنه لا بد من رضا الطرفين فى الزواج حتى تنطبق عليهما الأحكام التى نظمها القانون فى شأن علاقات الأزواج ، وأن حرية الطرفين تنحصر فى هذا الصدد فى قبول الزواج أو رفضه .

٧٩- بعض مسائل عامة عن الزواج المسيحى : هناك بعض المسائل العامة-

التي يتميز بها الزواج المسيحى ، نجعلها فيما يلى :

(١) عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ، ص ٩ .

(٢) أنظر فى هذا : جاك لكليرك : « La Famille » ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

وأنظر صفة طمة ٦ ص ٤١ وما بعدها عن الزواج كمقد والزواج كنظام (Mariage - contrat ou mariage - institution) .

١- سر الزواج : (Le sacrement de mariage) : الزواج المسيحي سر مقدس . ولا جدال في أنه يعتبر من المقدسات الدينية في المذاهب المسيحية جميعها . ولكن المذهبين الأرثوذكسي والكاثوليكي يذهبان إلى أبعد من ذلك ، إذ هما يعتبران الزواج أكثر من أن يكون علاقة مقدسة ، وأن المسيح قدره إلى مرتبة السر الإلهي ، وهو لذلك يعتبر من الأسرار السبعة التي تركز عليها العقيدة المسيحية . وهذا ما قرره المجامع الكنسية ، فقد أعلنت أن السر السابع هو سر الزواج الذي يعتبر رمزاً لاتحاد المسيح والكنيسة .

وقد نصت المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على أن « الزواج سر مقدس .. » كما نصت المادة الأولى من الإرادة الرسولية ، بشأن نظام سر الزواج في الكنيسة الكاثوليكية الشرقية التي أصدرها البابا في سنة ١٩٤٩ ، على أن « المسيح رفع مقام عقد الزواج بين الممتدين (وهم المسيحيون الذين نالوا سر العماد : Baptême) إلى مرتبة السر المقدس . ولذا لا يمكن أن يقوم عقد زواج صحيح بين الممتدين دون أن يكون بالفعل نفسه سرا »^(١) هذا عند الأرثوذكس والكاثوليك .

(١) ونص المادة الأولى من الإرادة الرسولية يقابل المادة ١٠١٢ من القانون الكنسي الغربي . أنظر في هذا :

Traité de droit canonique (Publié sous la direction de Raoul Naz) , 1948 t. II, (des sacrements) par Charles De Clercq, No, 387, p. 282 .
وأنظر أيضاً : De Smet ، السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها ، و Fournier ، السابق ، ص ١ وما بعدها ، و Jacques Leclercq ، السابق ، ص ٢٩٠ . واعتبار الزواج المسيحي سراً على هذا النحو بيننا بشكل واضح الطابع الديني في الزواج المنيع . فالزواج سر أقامه المسيح بمشيئة الإرادة الإلهية والبركة والنعمة إلى من يتقبلونه كما هو الحال تماماً بالنسبة للأسرار الأخرى كسر العماد Baptême وسر التثبيت Confirmation وسر الكهنوت L'ordre . . . وإذا كان المسيح قد رفع الزواج إلى مرتبة السر ، فإنه لا توجد تفرقة حقيقية بين عقد الزواج نفسه الذي

أما عند البروتستانت فانهم لا يرفعون بالزواج إلى مرتبة السر الإلهي وإن كان يعتبر رابطة مقدسة وشركة دائمة بين الزوجين ، وهم يعنون في تقديس الرابطة الزوجية ، ويرونها أشرف من البتولية ، لأن الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليقة وكرمه حيث جاء في رسالة الرسول بولس إلى العبرانيين « ليكن الزواج مكرماً عند كل واحد ، والمضجع غير نجس »^(١) .

٢ - إنتمام الزواج عن طريق الكنيسة : هذا ، ولما كان الزواج سرا على النحو السابق ، فإنه يترتب على ذلك أنه لا يتم إلا عن طريق الكنيسة . فبعد أن ذكرت المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس أن الزواج سر مقدس أفصحت عن ذلك بقولها إن الزواج « يتم بصلادة الإكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية .. »^(٢) . وهذا ما نصت عليه المادة ٨٥ من الإرادة الرسولية بالنسبة للكاتوليك إذ تقرر أنه : « لا يصح زواج إلا إذا عقد برتبة دينية أمام الحورى أو الرئيس الكنسى »

= هو الرضا المتبادل بين الطرفين وبين السر « مادام أن الزواج قد تم طبقاً لقانون . ولهذا لا يمتثل أحدهما من الآخر لدرجة أنه لا يمكن أن يكون هناك عقد مشروع بين المتدينين إلا إذا كان في نفس الوقت سرا . فشكل زواج صحيح بين المسيحيين يعتبر سرا في ذاته وبذاته . وغير صحيح أن يقال إن السر ما هو إلا مظهر يضاف أو صفة خارجية يمكن فصلها حسب رغبة الإنسان أو هواء (Fournet : السابق . ص ١٩)

(١) الرسالة إلى العبرانيين ، الإصحاح ١٣ ، الآية ٤ ويقول مارتن لوتر (Luther) في هذا الصدد إن الزواج أفضل - من الناحية الدينية - من البتولية ، ومن الخطأ أن ينظر إلى الزواج على أنه من الأمور الدنيوية لا من الأمور الدينية . انظر في هذا : De Smet ، السابق ص ٧٥ وما أشار إليه في هذا الصدد من مراجع « هامش رقم ٤ » .

(٢) وانظر المادة ١٤ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس ، حيث تنص على أن يتم سر الزواج ملناً في الكنيسة بواسطة كاهن من طائفة الأرمن . . . وانظر المادتين ٤٣ و ٤٤ من مجموعة السريان الأرثوذكس .

المحلى أو كاهن أذن له أحدهما بحضور الزواج أمام شاهدين على الأقل . . . » .
وتنص الفقرة الثانية على أنه « تمد الرتبة دنيّة لتنفيذ حكم البند الأول بمجرد
وجود الكاهن إذا حضر وبارك^(١) .

واستلزام إتمام الزواج المسيحي عن طريق الكنيسة ، يبين أن الزواج
بين المسيحيين المعتمدين ليس مجرد اتفاق ، بل إنه أيضا عمل ديني . ذلك أن
ما جاء في الكتاب المقدس من أن « ما جمعه الله لا يفرقه إنسان » ، يذكر
المسيحيين أن الله يتدخل كطرف في المقد ، وأن الزواج بطبيعته عمل ديني ،
لدرجة أنه ينبغي أن يعترف له بهذا الطابع ، حتى بين غير المؤمنين^(٢) .

٣ — أغراض الزواج : إن الغرض الأول من الزواج هو إنجاب الأولاد
وتربيتهم (la procréation et l'éducation des enfants) ، أي
تكوين الأسرة . أما الغرض الثانوي منه ، فهو التعاون المتبادل بين الزوجين
على شؤون الحياة وإطفاء الشهوة (le remède à la concupiscence)^(٣) .

(١) انظر المادة ١٠٩٤ من القانون الكنسي الغربي ، وكذلك المواد ٤٢ و ٤٣ من
مختصر القواعد الأساسية في الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية ، لفليب جلال ، الجزء
الخامس من القاموس العام للإدارة والقضاء ص ٣٦٠ — ٣٦١ .
وقد استلزم قانون الأحوال الشخصية لقطاعة الإنجيلية كذلك أن يتخذ الزواج طبقا
لقراسيم الدينية وعلى يد رجل الدين ، فلا يحق لكليل الزواج إلا القس المرسومون قانونا
أو مرشدو الكنائس الإنجيلية الذين يمنح لهم المجلس السوي الرخصة بذلك « (المادة ١٢
من قانون الأحوال الشخصية للإنجيليين — وانظر كذلك المادة ١١ والمادة ١٣ من
القانون المذكور) .

(٢) Fournier ، السابق ، ص ١٤ .

(٣) انظر المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاط الأرثوذكس ، والمادة ٢/١ من
الإرادة الرسولية ، وانظر كذلك المسألة ١٢ من الخلاصة القانونية للإبومانيوس فيلوماتاوس .
بواين السال . في كتاب القوانين ، (سنة ١٩٢٧ — ص ١٨٥) . ثم انظر كذلك الرسالة
الخصية ، السنة ٢٣ الأعداد ٨٦-١٩٥٦ (عدد خاص بالزواج المسيحي) ، ص ٤٥٣
وما بعدها ، مثال بعنوان « غايات الزواج » للأب جيراثيل سالم الباسيلي الحنّين

٤ — مميزات الزواج الجوهري : ومن أغراض الزواج السابقة تبرز لنا مميزاته الجوهري التي هي الوحدة وعدم القابلية للانحلال ، وتكسب هاتان الخاصيتان ثبوتاً (fermeté) خصوصاً في الزواج المسيحي لكونه سرّاً^(١).

(١) فالوحدة في الزواج (l'unité) تعتبر من المبادئ التي تمسكت بها المسيحية من أول عهدها . إذ يجوز للمسيحي أن يتخذ أكثر من زوجة واحدة في وقت واحد . كما أنه ليس للمرأة الواحدة التزوج بأكثر من رجل واحد في الوقت نفسه . فزواج الرجل الواحد بعدة نساء (la polygamie) لا يحقق أغراض الزواج ، إذ لا يجد هذا العدد من النساء لدى الرجل الواحد المساعدة التي تعتبر حافزاً ، إلا بصعوبة . كما أن زواج المرأة الواحدة بعدة رجال (la polyandrie) يمارض هو الآخر مع الهدف الأول من الزواج وهو تربية الأولاد . ذلك أنه إذا كانت تربية الأولاد تتطلب تعاوناً بين الرجل والمرأة ، فكيف يوجد هذا التعاون حيث يكون الأب غير معروف ؟

وقاعدة الوحدة في الزواج المسيحي لا تحتل أي استثناء . وقد جاء في رسالة الرسول بولس الأولى إلى أهل كورنثوس : « ليكن لكل واحد امرأته ، وليكن لكل واحدة رجلها »^(٢) . كما جاء في الإنجيل « أن الذي خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى . . من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون

(١) المادة ٢/٢ من الإرادة الرسولية ونصها :

“ Les propriétés essentielles du mariage sont et l'unité revues l'indissolubilité, conduits plus fermes dans le mariage chrétien par le sacrement ”.

وانظر المادة ١٠١٣ من القانون الكنسي الغربي والتي تقابل النص السابق .

(٢) الانجيل ٢ : الآيتان ٢

الإثنان جسدا واحدا ، إذا ليسا بعد اثنين ، بل جسد واحد .. »^(١) . ويبين منصوص الكتاب المقدس في هذا الصدد أن الله حين خلق منذ البدء لم يخلق ثلاثة أو أكثر بل خلق اثنين فقط ، ذكرا وأنثى . كما أن النص يصرح بقوله ويلتصق الرجل بامرأته ولم يقل يلتصق بنسائه ، وفي هذا ما يدل على أن تعدد الزوجات غير موجود منذ بدء الخليقة . ومن كل هذا يبين المسيح أن : الله نظم الزواج بحيث يكون ارتباطا بين اثنين فقط لا أكثر من اثنين^(٢) .

ويدلل الفقهاء المسيحيون على أن الوحدة من خصائص الزواج المسيحي عن طريق آخر . ذلك أن الانجيل قد نص على أن من طلق امرأته إلا بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزني ، كما أنه إن طلق امرأة زوجها وتزوج بأخرى تزني^(٣) . فهذه النصوص تصرح أنه إذا كان للرجل زوجة وطلقها ثم أخذ أخرى فإنه يرتكب زنا ، وكذلك المرأة التي تتزوج بأخر بعد أن تطلق زوجها ، فإنها تزني . ولهذا يكون الزواج الثاني باطلا ، طالما بقي الزواج الأول . وبمعنى آخر أنه إذا كان من يطلق امرأته (أو من تطلق زوجها) ويتزوج بأخرى يعتبر فعله زنا ، فهل يعتبر فعله أقل إثما من الذي لم يطلق وأبقى على زوجته الأولى ومع ذلك يتزوج عليها ؟ فمن لم يطلق ويتزوج مع ذلك ، يعتبر فعله أشد إثما من الذي طلق وتزوج ، فإنه إذا كان الأخير يعتبر آثما ، فالأول أشد منه إثما^(٤) .

(١) متى الإصحاح ١٩ الآيات ٤ وما بعدها .

(٢) أنظر : De Smet : السابق ص ٢٤٥ - ٢٤٦ وإشارته إلى ما قاله « Innocent III » بشأن ما جاء بمجمع « Trente » في هذا الصدد .

(٣) أنظر انجيل متى ، الإصحاح ١٩ الآية ٩ وانجيل مرقس الإصحاح ١٠ الآيات ١١ و ١٢ .

(٤) أنظر في هذا المعنى : De Smet : السابق ص ٢٤٧ و Fourcetet : السابق ص ٢٤٧ .

ويضاف إلى ما سبق أن قرارات المجامع الكنسية المتعددة نادت بنفس هذا المذهب ، وهو وحدة الزواج المسيحي^(١).

وقد نصت على مبدأ وحدة الزواج في الشريعة المسيحية المادة ٢٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس ، قررت أنه : « لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زواجا ثانيا ما دام الزواج قائما » . فالزواج الأول القائم بين الزوجين يعتبر مانعا من زواج آخر^(٢) . وقد نصت المادة الثانية فقرة ٢ من الإرادة الرسولية للكاتوليك على أن من مميزات الزواج الجوهرية الوحدة وعدم القابلية للانحلال^(٣) . وهذا ما نصت عليه كذلك المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية ، قررت أن « الزواج هو اقتران رجل واحد وامرأة واحدة اقترانا شرعيا مدة حياة الزوجين » .

وخلاصة القول إن نظام الزوجة الواحدة أو الزوج الواحد *le régime*

(١) انظر الإشارة إلى قرارات المجامع في : De Smet ، السابق ص ٢٥٥-٢٤٧ .
(٢) وانظر كذلك المادة ٢٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط . وهذا هو ما نصت عليه المسألة ١٣ من الخلاصة القانونية للايخومائوس فيلوتاؤس إذ نصت بأنه « لا يجوز للمسيحي أن يتخذ سوى امرأة واحدة في الحال لا أكثر » ، وإن توفيت أو افترقت عنه شرعا له أن يتزوج بأخرى وانظر أيضا ما جاء في شرح الخلاصة القانونية للرجس فيلوتاؤس . هوض في هامش ص ٣٠ (طبعة سنة ١٩١٣) . ويقول ابن السال في كتاب القوانين (سنة ١٩٢٧ ، ص ١٩١) « وأما الجمع بين زوجتين أو أكثر فلا يجوز لأنه زنا ظاهر مستمر » . وانظر كذلك ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

وانظر المادة « من القواعد الخاصة بالأرمن الأرثوذكس » وكذلك المادة ١٢ (أولا) من مجموعة السريان الأرثوذكس .
(٣) وقد نصت المادة ٢٦ من القواعد التي أوردتها فيليب جلاذ بالنسبة لطوائف الكاثوليكية على أن « وحدة الزواج قائمة بأن يقتصر الرجل الواحد بامرأة لا أكثر حسب الشريعة الانجيلية واستعمال الكنيسة الدائم » . وتبيح المادة ٢٧ للمسيحيين التزوج بعد موت الآخر .

monogamique ، هو النظام الوحيد الذى يحقق للزواج أهدافه كاملة ، ويقسم بين الزوجين تضامناً تاماً ومساواة أساسية للمرأة الحق فيها كالرجل سواء بسواء ، وهو النظام الذى يمكن فى ظله أن يكون فيه الزوجان أسرة حقيقية تركز فيها حياتهما^(١) .

(ب) عدم القابلية للانحلال : (l'indissolubilité) ، وهذا هو المميز الآخر الذى تبرزه لنا أغراض الزواج المسيحى باعتباره شراً مقدساً . فالواقع أن قابلية الزواج للانحلال إنما تعنى القضاء على الحياة الزوجية وعلى الأسرة وبالتالي ينهار أساس المجتمع . فصالح النظام العائلى يتطلب أن يمنع كل من الرجل والمرأة نفسه للآخر ، لكن يتفرغاً معاً للعمل العائلى . فالأُسرة تنتج من اتحادهما ، وتفترض هذا الاتحاد . وإذا كان الزواج ارتباطاً بين الرجل والمرأة إلا أنه يفترض فى الحقيقة قيام ظروف نفسية وعاطفية تجعله عطاء كاملاً غير محدود لا للجسد فحسب ، بل وللنفس كذلك . وهذا هو الأساس القوى الذى يظل ثابتاً إزاء تغير العاطفة الجنسية المتغيرة .

وإذا كنا لا نود الوقوف لدى هذا الموضوع كثيراً ، لأننا سنمود إليه فيما بعد ، إلا أنه ينبغى أن نشير إلى أن عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال ، كقاعدة عامة لدى المذاهب المختلفة ، تستند إلى ما جاء فى الكتاب المقدس كما هو الشأن تماماً بالنسبة لوحدة الزواج المسيحى .

من ذلك ما جاء على لسان آدم ، كما قدمنا ، من أن الرجل يترك أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً . وهذا يبين أنه اتحاد الرجل بالمرأة

(١) انظر فى هذا الموضوع كذلك : Jacques Leclercq ، السابق (La famille) ، فترة ١٤ ص ٨٠ وما بعدها .

عن طريق زواجهما ، لا تفصل الرابطة بينهما . ويؤكد ذلك أيضا ما جاء على لسان المسيح حينما جاءه الفريسيون ، وسألوه عما إذا كان يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب ، فقال لهم إن الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وأنثى ، ومن أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا . وأن الذى جمعه الله لا يفرقه إنسان . كما بين لهم المسيح أنه إذا كان موسى قد أذن أن يعطى كتاب طلاق ، فأنما كان ذلك من أجل قساوة قلوبهم وأنه لم يكن من البدء هكذا .

وإلى جانب الآيات المتعددة التى وردت فى الكتاب المقدس ، وما ورد فى رسائل الرسل ^(١) وتعاليمهم ، فإن عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال كقاعدة عامة من الأمور التى أكدها مجمع « ترنت » : Concile de Trente ، حيث قرر آدم وضع شريعة عدم قابلية الزواج للانحلال حينما قال « هذه الآن عظم من عظامى ولحم من لحمى .. لذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته . ويكونان جسدا واحدا » ^(٢) .

هذه بعض الأسانيد التى قيل بها فى عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال . ويكفى أن نشير إلى ذلك الآن ، حتى نعود إلى هذا الموضوع بالتفصيل فى حينه .

٧٩ مكرر - التعريف بالزواج وخصائصه فى الشريعة اليهودية : يمكن أن يعرف الزواج فى الشريعة اليهودية بصفة عامة على أنه ارتباط بين الرجل

(١) من ذلك ما جاء فى رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس (الإصحاح ٧ الآيات ١٠ و ١١) : « وأما المتزوجون فأوصيهم ، لا أنا ، بل الرب أن لا تفارق المرأة زوجها ، وإن فارقته فلتلبث غير متزوجة أو لتتصلح رجلها ولا يترك الرجل امرأته ... »
(٢) انظر فى هذا الموضوع : De Smet ، السابق ص ٢٤٨ . وما بعدها ، و Fournet السابق ، ص ٣ وما بعدها ، Jacques Leclercq ، السابق فترة ١٨ ص ١٠٧ وما بعدها .

والمرأة ، يتم طبقا للقانون ، بقصد تكوين أسرة ... وكما هو الشأن بالنسبة للزواج المسيحي ، يعتبر الزواج لدى اليهود نظاما شكليا ، وإن لم يتوافر له خصائص الزواج المسيحي من حيث الوحدة ، وعدم القابلية للانحلال .

وبالنسبة للربانيين تنص المادة ٥٦ من ابن شمعون على أن « أركان العقد ثلاثة : (الأول) تسمية المرأة على الرجل وتهديسها عليه قبولها ، ولو بختام يعطيه إليها يدأ بيد ، بحضرة شاهدين شرعيين قائلًا لها بالعبرية قدست لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا ، إن كان شيئا آخر . (الثاني) العقد شرعيا مكتوبا . (الثالث) الصلاة الدينية ، صلاة البركة بحضرة عشرة رجال على على الأقل » . كما نصت المادة ٥٧ على أن « الزوجة بلا قدس لا تعد زوجة شرعا » . كما نص على أنه إذا لم يتوافر الركن الثاني والثالث المنصوص عليهما بالمادة ٥٦ فالتهديس وحده لا يكفي ، فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقى أركان الزواج^(١) .

والزواج لدى اليهود الربانيين نظام ديني كذلك ؛ فالى جانب ما تقدم نجد أن الطابع الديني يبدو من جعل الزواج فرضا على كل إسرائيلي ، ومن الربط بينه وبين الكثير من القواعد المتعلقة بالاعتقادات الدينية^(٢) .

والزواج كذلك نظام قانوني لدى الربانيين تتولى الشرعة الدينية لديم

(١) مادة ٦١ من ابن شمعون . وانظر بصفة عامة في هذا الصدد المواد ٥٨ - ٦٠ و ٦٢ - ٦٦ .

(٢) أنظر ١٦ من ابن شمعون . وانظر كذلك المواد ١٧-١٩ والمادة ٥١ التي تمنع الزواج في أيام السبوت والأعياد التي من السبل فيها ، سواء أوائها أو أواخرها أو أواسطها والمادة ٥٢ .

تعميد الآثار التي ترتب عليه ويلتزم به الزوجان ، وهو في الأصل نظام دائم وشركة بين الزوجين لمدى الحياة ، وإن كان قابلا للانحلال ، كما سنرى :

وعند القرائن يعتبر الزواج نظاما شكليا كذلك ، يعتقد بالتبريك والعلانية . إذ عندهم يقوم الرجل بإجراءات معينة هي تسليم المهر ثم إشهاده الحاضرين على نفسه بتقديس المرأة لتكون له زوجة على طهارة وقداسة ، ثم يحجر بذلك وثيقة يوقع عليها من يوقع من كبار الحاضرين شهودا كالتبج^(١) . كما لا ينقد الزواج إلا بحضور عشرة رجال على الأقل . فالتبريك وحده بغير هذه العلانية لاعتبة به^(٢) .

والزواج عندهم نظام ديني كذلك ، لا يتم إلا بالتقديس ، واتخاذ الاجراءات الدينية اللازمة ، كما أن القرائن يربطون بينه وبين القواعد المتعلقة بالعقيدة كالرباينين مثل تحريمهم الاحتفال به يوم السبت . .^(٣)

وفضلا عن ذلك فإن الزواج لدى القرائن نظام قانوني ، يلتزم الزوجان بالابقاء عليه متى تم صحيحا . وهو في الأصل كذلك نظام مؤبد إذ توجب القواعد الخاصة بهم على الزوج أن يكرر عبارة « عقدت عليك إلى الأبد » للزوجة مرتين متفرقتين ، وإن كان هذا ليس إلا على سبيل التيمن والبركة في أن يكون القران بفضل الله إلى الأبد . والغالب أن يكتفى بمرة واحدة يليها السبع بركات^(٤) .

(١) انظر ص ٧٥ من شمار الخضر ، المرجع السابق . وأركان العقد عندهم هي المهر والوثيقة والقبول . وانظر كذلك ص ٦٤ وهامش ٢ من المرجع المذكور .

(٢) انظر شمار الخضر ص ١٠٧ - ١٠٨ .

(٣) انظر بصفة عامة شمار الخضر ص ١٠٨ وما بعدها .

(٤) انظر شمار الخضر ص ١١٠ - ١١١ وما يقصد بالسبع بركات .

وإذا كان الزواج نظاما دينيا شكليا على هذا النحو ، فإنه يختلف عن الزواج المسيحي في أنه ليس من خصائصه الوحدة ولا عدم القابلية للانحلال . سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين .

امكان تعدد الزوجات في الشريعة اليهودية : يجوز للزوج أن يعدد زوجاته في الشريعة اليهودية . حقا إنه لا ينبغي أن يكون للرجل أكثر من زوجة ، بل عليه أن يحلف عينا على هذا حين العقد ، إلا أنه إذا كان في سعة من العيش وقدر أن يعدل أو كان عنده مسوغ شرعي ، جاز له أن يتزوج بأخرى ، إذ لم يرد في التوراة حجر ولا حصر في هذا الصدد ^(١).

قابلية الزواج للانحلال في الشريعة اليهودية : إذا كان الزواج بطبيعته مؤبداً ، أي لا يصح الاتفاق على تأقيته ، كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية ، فليس معنى ذلك أنه غير قابل للانحلال ، كما هو الشأن في الشريعة المسيحية ، بل إن الطلاق ينحل بإرادة الرجل أو باتفاق الزوجين ، سواء لدى القرائين أم لدى الربانيين .

ف عند الربانيين يقع الطلاق بإرادة الزوج وحدها ، دون اشتراط قبول المرأة ، وإن كان لا يليق به أن يطلق أول زوجة له بغير مقتضى ^(٢) ، مع مراعاة أن الطلاق لا يصح شرعا إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة بحضور شاهدين ^(٣).

(١) أنظر المادتين ٤٥٥ و ٤٥٦ من ابن شمعون . هذا هو الحكم عند الربانيين ، ويبدو أنهم يحددون الزوجات بأربع كما هو هو الشأن في الشريعة الإسلامية . وعند القرائين كذلك يجوز تعدد الزوجات بشرط عدم الاضرار ووجوب العدل بينهما . أنظر شمار الخضر ص ٨١ - ٨٤ .

(٢) أنظر المواد ٣٢٤ و ٣٢٥ و ٣٢٨ من ابن شمعون .

(٣) مادة ٣٢٦ من ابن شمعون .

خطراً لاعتبارهم جميعاً في مصر طائفة واحدة . أما بالنسبة للطوائف الارثوذكسية فقد تعددت القواعد الخاصة بها بتعدد طوائفها على النحو الذى يبناء من قبل .

ونظراً لتعدد شرائع الطوائف المسيحية على هذا النحو ، رأينا ألا ندرس كل شريعة على حدة ، كما حاول البعض ، بل إننا ندرس الزواج وما يتصل به دراسة أساسها الموضوعات التى تندرج تحت هذا العنوان ، بصفة عامة ، محاولين بقدر المستطاع أن نشير إلى حكم كل شريعة طائفية فى صدد كل موضوع من موضوعات دراستنا مدخلين فى اعتبارنا بصفة أساسية طائفة الأقباط الارثوذكس . مع الإشارة إلى باقى الطوائف الارثوذكسية ، ثم الطوائف المندرجة تحت المذهب الكاثوليكي كوحدة ، وكذلك طائفة الانجيليين ، مع الكلام عن أحكام الشريعة اليهودية فى كل الموضوعات التى نعرض لها سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين . ولعل فى الطريقة التى سنتبناها ما يوفر علينا الكثير من التكرار الذى يقع فيه من يدرس شرائع الطوائف شريعة بعد الأخرى .

هذا ولما كان الزواج لا يتم دون التمديد له ، فقد رأينا أن ندرس فى الفصل الأول من هذا الباب مقدمات الزواج ، ومقدمات الزواج هى الخطبة .

الفصل الأول

مقدمات الزواج - الخطبة

المبحث الأول : الخطبة في الشريعة المسيحية

٨١ - التعريف بالخطبة وأهميتها : لا يتم الزواج في الشريعة المسيحية دفعة واحدة ، بل لابد من التمهيد له ، كما هو الحال في الشرائع الأخرى ، وهذا التمهيد السابق على الزواج هو الخطبة .

والخطبة وعد متبادل (promesse mutuelle) أو ارتباط بين رجل وامرأة يقصد إتمام الزواج في المستقبل . فلا يكفي أن يكون هناك مجرد مشروع في هذا الصدد ، كما لا يكفي أن يكون هناك وعد من جانب واحد ، بل لابد أن يكون الوعد من كل من الطرفين على وجه قاطع (strictement bilatéral) . ومعنى ذلك أنه لابد أن يكون الوعد تبادلياً . أى أن كل واحد من الطرفين لا يلتزم إلا لأن الآخر قد التزم في الوقت نفسه .

وهذا ما يبين من تعريف الخطبة في النصوص المختلفة في القانون الكنسي . فمن ذلك مثلاً ما قضت به المادة الأولى من مجموعة ١٩٥٥ للإقباط الأرثوذكس من أن الخطبة « عقد بين الرجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد »^(١) . ووضح من النص أنه لابد أن يكون هناك وعد من كل من الجانبين بالزواج في المستقبل . وقد كان استلزام الوعد التبادلي بين الطرفين

(١) أنظر كذلك المادة الأولى من مجموعة ١٩٢٨ ، وكذلك المادة الأولى من مجموعة السريان الأرثوذكس .

أكثر وضوحاً في نصوص القواعد الخاصة بالكاثوليك والتي جمعها فيليب جلاد ، فقد نصت المادة الأولى من تلك القواعد على أن « الخطبة عقد به يعد الواحد الآخر بالزواج في المستقبل . . . » وجاء في المادة الثالثة أنه يلزم لصحة « الخطبة » ... الوعد المتبادل . ومن ثم إذا وعد بطرس حنة بالزيجة وهي قبلت الوعد لكنها لم تمتد ، فلا تكون الخطبة صحيحة » .

ومن ثم يبين لنا أنه إذا لم يكن هناك وعد متبادل ، بل قام وعد من جانب واحد ، لا تكون هناك خطبة ، بل إنه إذا وجد وعد من جانب واحد فقط وقبله الطرف الآخر دون أن يصدر منه وعد مقابل له ، فلا تكون هناك خطبة صحيحة ، وإن كان من الممكن أن يترتب على ذلك بعض التزامات . ومع ذلك فإنه يمكن في هذا الصدد إعطاء القبول قيمة الوعد المقابل إذا كان هناك من الظروف المصاحبة لهذا القبول ما يحتمل على ذلك . ثم يراعى أنه قد يترتب على الوعد الذي يقبل ولا يكون هناك وعد آخر في مقابله أثره ، وذلك في الحالة التي يكون فيها من قبل الوعد ولم يصدر وعداً مقابلاً هو الراغب في إتمام الزواج^(١) .

والواقع أن التفرقة ليست ذات أهمية ، طالما أن نية الطرفين قد انصرفت إلى إتمام الخطبة عن طريق إيجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر ، بمعنى أنه إذا وعد أحد الطرفين الآخر بإتمام الزواج في المستقبل في أجل محدد وقبل الطرف الآخر الوعد ، فإن هذا يكفي لكي توجد الخطبة . وهذا ما هو واضح في المادة ٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس

(١) أنظر هذا الموضوع في : De Smet ، السابق ص ٤ ، والمواش في هذه الصفحة .
كذلك Fournet ، السابق ، ص ٤٤ .

حيث تقرر أن الخطبة تقع بين الخطيبين « بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر » . كما يتضح من القانون الكنسى الغربى فى المادة ١٠١٧ أن الوعد بالزواج قد يكون من جانب واحد (unilatérale) كما قد يكون مزدوج الأطراف (bilatérale) ؛ فى الحالتين يمكن أن تقوم الخطبة إذا توافرت الشروط المستلزمة لقيامها . وهذا ما يظم من نص المادة السادسة من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية ، حيث نصت على أن « الوعد بالزواج - وإن كان مزدوج الأطراف - ويعرف إذ ذاك بالخطبة ... La promesse de ... mariage, même bilatérale ou fiançailles » . والذى يبين من النص على صيغته التى ورد بها ، وعلى هدى المادة ١٠١٧ من القانون الكنسى الغربى ، أن الوعد بالزواج قد يكون من جانب واحد ، كما قد يكون من جانبين . والمهم أن يصدر بإيجاب وقبول من الطرفين حتى تتمتع الخطبة ، أى أنه ينبغى أن يتم الاتفاق بينهما على إبرام الزواج فى المستقبل ، وهذا ما يتضح بمسألة صريحة من نص المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية للانجليكان حيث قضت بأن الخطبة تم « بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى » .

وعمل الخطبة هو إبرام الزواج فى المستقبل ، فى الأجل الملائم ، أى فى الأجل الذى يتفق عليه صراحة أو الذى يتحدد طبقا للظروف أو للمادات المحلية^(١) وإذا كانت الخطبة تتم بين رجل وامرأة ، فإنه ينبغى أن تتم بين رجل معين وامرأة معينة ، وعلى ذلك فإن الوعد الذى يصدر من شاب يختار فيه بين

(١) وليس من اللازم تحديد المدة التى يتم فيها الزواج لدى جميع الطوائف ولذلك قد يترك هذا التحديد للظروف أو للمادات السارية . وقد استلزم المادة الأولى من مجموعى ١٩٣٨ و ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس أن يكون الزواج فى أجل محدد .

ثلاث أخوات مثلا ، لا يترتب عليه قيام خطبة ، حتى ولو قبل هذا الزعد
ومرر وعد آخر في مقابلة^(١).

وللخطبة أهميتها ، كما قدمنا ، باعتبارها مرحلة سابقة على الزواج . والواقع
أنها إذا كانت لازمة في الشرائع المختلفة ، فهي في الشريعة المسيحية أكثر لزوما
حتى يمكن أن تقوم الملاقة الزوجية على أساس سليم . لأنها إذا ما تمت ، فليس
من اليسير التخلص منها ، نظراً لحصر أسباب التطلق في هذه الشريعة .

وقد عرفت الخطبة منذ القدم ، وكانت لها أهمية خاصة للدرجة أنه في أواخر
القانون الروماني كان الجزاء صارماً ، وكانت المخطوبة التي ثبت خيانتها
تماقب بمقوبة الزنا . وفي التشريعات الجرمانية كان للخطبة آثار فضالة كذلك
كما أنها اعتبرت شرطاً لصحة الزواج الذي يعقبا . وقد أشار الانجيل إلى الخطبة^(٢)
وإشارته في هذا الصدد تعني إقرارها والاعتراف بها وأنها كانت من الخطوات
السابقة على الزواج^(٣) . كما أقرت الشريعة اليهودية والشريعة الإسلامية الخطبة ،
وحرم الحديث الشريف خطبة المرأة المخطوبة ، فلا يحق للرجل أن يخطب على
خطبة أخيه حتى يترك المخاطب قتله أو يأذن له .

وبين الفقه الكنعاني أهمية الخطبة وضرورتها قبل الزواج . يقول ابن
المسال في هذا الصدد : « وتقدم الخطبة والإملاك على التزويج ليكون الرضى

(١) أنظر في هذا : De Mat. ، السابقي ، ص ٥ . والخامس رقم ٢ .

(٢) أنظر ما جاء في انجيل متى الاصحاح الأول ، الآية ١٨ حيث يشير إلى ذلك بقوله :
« لما كانت مريم إمة مخطوبة ليوسف قبل أن ينجبها ، وحدث حملي من الروح القدس ... »
وكذلك انجيل لوقا ، الاصحاح الأول الآية ٢٧ ، حيث يقول : - « وفي الشهر السادس أرسل
جيرايل الملاك من افة إلى مدينة من الجليل اسما ناصرة إلى عذراء مخطوبة لرجل من بيت داوود
اسمه يوسف ... » .

به بروية تامة ، وعن فحص كاف في هذه المهلة المشتركة ، ولتأكد المحبة مع الرضى ، وليضبط الشخص المرافق إلى حين بلوغه كيلا يسبق إليه ، وليسكون رجاء الزيجة الطاهرة مساعدا على حفظ العفة ؛ وليصرف الاهتمام في مدة المهلة إلى إعداد ما تدعو الحاجة إليه للزيجة ، وليقوى الشوق إلى الاتصال ، وللاقتداء بتدبير الحكيم تعالى لأنه قال : « لا يحسن أن يترك الرجل وحده فلتجمل له معينا مثله ، فوجد ثم فعل » (١) .

وإذا كان للخطبة أهميتها على هذا النحو ، فانه يمكن عن طريقها تجنب عاقبة التسرع في الاقدام على الارتباط بالزواج ، وبذلك تكون حياة الزوجين أكثر استقراراً . ويضاف إلى ذلك أن فترة الخطبة لها مزاياها من حيث أنها تهيء الظروف للابانة عما قد يكون هناك من تنافر في الطباع ، وهو من الأمور التي يمكن أن تحدث دائما ، كما أنها من ناحية أخرى تتيح الفرصة للكشف عما قد يوجد من موانع تمنع ارتباط الطرفين بالزواج .

٨٢ - **التطور في شأن الخطبة والفرقة بينها وبين ما يختلط بها من أنظمة :**
ينبغي أن تفرق بين الخطبة وبين ما قد يختلط بها من الارتباطات السابقة على الزواج . فالخطبة التي قصدها هنا هي الوعد بالزواج الذي يتم وقفا لاوضاع معينة نصت عليها القوانين الكنسية المختلفة المعمول بها في الوقت الحاضر ؛ وهي تعتبر وعدا مستقلا قائما بذاته منفصلا عن الزواج له شروطه وأحكامه الخاصة به ، وترتب عليه آثار معينة . وهذا من شأنه أن يبرز لنا الفارق بين الخطبة ،

(١) ابن السال ، كتاب القوانين ، السابق ، ص ١٩٧-١٩٨ ، وانظر في نفس المعنى شرح الخلاصة القانونية ، لجرجس فيلوتاؤس عوض ، المرجع السابق ، ص ١٦ بالمقامش ، وكذلك De Smet ، السابق ، ص . .

على هذا المعنى الذى قصده كوعد بالزواج ، وبين غيرها من الارتباطات السابقة على الزواج . ولكى يوضح لنا ذلك نعرض سريعا للتطور الذى مرت به الخطبة فى بعض الكنائس الشرقية .

فى الكنائس البيزنطية كان يفرق بين مرحلتين فى الزواج ، وقد تم ذلك تحت تأثير الفكرة الرومانية عن الزواج . وكانت المرحلة الاولى ، وهى التى سماها الرومان « sponsalia » عبارة عن مجرد وعد بالزواج ، أما المرحلة الثانية فهى الزواج نفسه ، ويتم بتراضى الطرفين ثم يعقبه أخذ الزوجة إلى منزل الزوجية (deductio in domum mariti) .

وقد اتخذت هاتان المرحلتان ، وهما الخطبة والزواج على النحو السابق ، طابعا شكليا غلبت فيه العناصر الدينية . فكانت الشكلية فى الزواج عبارة عن التبريك (la bénédiction) والتويج أو التكليل (le couronnement) الذى يقوم به الكاهن للزوجين ، كما اتخذت الخطبة الدينية نفسها طابعا مغايرا لما كانت عليه فى القانون الرومانى ، واقتربت شيئا فشيئا من الزواج ، وانتهى الامر إلى أن صارت شبيهة به .

قد أحاطت الكنيسة البيزنطية الخطبة (sponsalia) باحتفال ديفى ، واتجهت إلى تهريب الآثار المترتبة عليها من الآثار المترتبة على الزواج نفسه ، وقرر فى مجمع « in Trullo » أن الزوج بمخطوبة الغير ينظر إليه ويعاقب عليه ، كما ينظر إلى الزنا ويعاقب عليه ^(١) . وفى أواخر القرن التاسع حرم

(١) أنظر فى هذا : « دوفيلية » و « دوكليرك » فى مؤلفها السابق الإشارة إليه :

(Le mariage en droit canonique oriental) ص ٣٢ وما بعدها ، وخاصة ص ٣٤ .

لإبرام الخطبة (sponsalia) مع تبريك الكنيسة لها قبل بلوغ سن ١٤ سنة للشاب و ١٢ سنة الفتاة ، وقد كان هذا السن هو سن الزواج . كما قرر أنه لا يمكن أن تنضم الرابطة الناشئة عن الخطبة ، ولا يمكن التحلل منها إلا للأسباب التي تبيح التحلل من الزواج نفسه ، كما قرر أيضا أنه يترتب على الخطبة بالمعنى السابق (sponsalia) مانع المصاهرة ، الذي يترتب على الزواج نفسه ... ومع ذلك قد بقيت الخطبة البسيطة أو المادية (بدون احتفال ديني) (la sponsalia simple) ، بقيت مصحرا بها ابتداء من سن السابعة . وإذا كانت هذه الخطبة المادية قد احتفظت بأثار الخطبة في الوضع القديم ، إلا أنها لم تعد تسمى خطبة بمعنى « sponsalia » ، وهي التي تتم في المراسم الدينية .

وفي أواخر القرن الحادي عشر (١٠٨٤) انتهى الأمر إلى جعل الخطبة التي تتم في المراسم الدينية كالزواج تماما . ومنذ ذلك الحين صارت الخطبة ، بهذا المعنى « sponsalia » ، والزواج مرحلتين منفصلتين لعقد واحد ، وأصبح يتولد عن هذه الخطبة نفس الرباط الذي يتولد عن التكيل ، كما أصبح يترتب عليها نفس الموانع التي تترتب على التكيل ، ولا يمكن فسخها إلا بأسبابه الطلاق . ووصل الأمر في القرن الثاني عشر إلى توريث الأولاد الذين يولدون من علاقات جنسية بين الحاطين . هذا في الوقت الذي كانت فيه كل القوانين الشرقية تعتبر هذه العلاقة كالزنا ؛ وبذلك لم يعد في القانون البيزنطي تفرقة بين الخطبة وبين الزواج . وقد أدى التطور في هذا الشأن من تشبيه الخطبة الدينية بالزواج إلى نتيجة غريبة ، وإن كانت منطقية ، ذلك أن طقوس الخطبة والتكيل أصبحت تتم في اليوم نفسه . وبذلك لم تعد الخطبة تؤدي وظيفتها نتيجة لجعلها ملزمة على النحو السابق .

ومن ذلك يتبين لنا أن الخطبة بمعنى sponsalia قد صارت جزءاً من مراحل الزواج انتهى مصيره إلى ما بينا . وهذا ما أبرز نوعاً آخر ، أو مرحلة أخرى هي . ما يمكن أن نسميه بالخطبة البسيطة . وقد بقيت هذه الخطبة البسيطة قائمة ، وكان يمكن أن تتم في سن السابعة ، كما أنها احتفظت بالأثار التي كانت لها في القانون القديم . بمعنى أنه لم يكن يترتب عليها أى إلزام بالزواج ، اللهم إلا الإلزام بالتعويض إذا كان العدول بدون سبب مشروع ، ولكن لم تعد تسمى sponsalia^(١) .

على أن المراحل الثلاث السابقة التي بينها بالنسبة للكنائس البيزنطية ، تبدوا أكثر وضوحاً في قوانين بعض الكنائس الشرقية الأخرى كالكنيسة الكلدانية^(٢) والكنيسة السريانية^(٣) ، وقد وجد عندهم ما يسمى بالخطبة (les fiançailles) والعقد أو التكليل (le couronnement) .

أما المرحلة الأولى ، فهي الخطبة ، وهي التي تسلم فيها المخطوبة الخاتم . ويتم ذلك في حضرة الكاهن الذي يتناول الخاتم ويعطيه للمخطوبة مع بعض إجراءات دينية ، وهذه الخطبة يمكن الرجوع فيها ، اللهم إلا إذا كان السبب الفسخ غير مشروع ، ففي هذه الحالة يمكن أن يحصل من أصابه ضرر على التعويض .

والمرحلة الثانية ، وهي العقد ، تتم بتبادل الرضا على الزواج ، وهذا يكون

(١) انظر المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٣٥ .

(٢) انظر المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٤٨ وما بعدها .

(٣) انظر المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٦١ وما بعدها .

دائماً عن طريق وكلى الطرفين ، ويحدث بحضور الكاهن والشهود . ويرى البعض أن فكرة العقد مستمدة من الشريعة الاسلامية ، وإن كان ينبغي أن يراعى ما بين العقد هنا وبين العقد في الشريعة الاسلامية من فارق ؛ ذلك أن العقد في هذه الحالة ، باعتباره مرحلة من مراحل الزواج ، لا يحل للطرفين المخالطة الجسدية ، فهذه المخالطة لا تحل إلا إذا تمت المرحلة التالية وهي التكيل . أما العقد في الشريعة الاسلامية فانه يرتب أثره باعتباره زواجا تاما ينحل الحق في الاختلاط الجنسي ، كما يترتب عليه توارث الزوجين فيما بينهما . هذه النتائج التي يرتبها العقد في الشريعة الاسلامية لم تقرها الكنيسة . ذلك أنه إذا كان الأصل في العقد المسيحي في هذه الحالة أنه غير قابل للانحلال ولا يمكن التحلل منه - عند غير الكاثوليك - إلا لنفس الأسباب التي تبيح انحلال الرابطة الزوجية ، فانه لا يبيح الاختلاط الجنسي كما قدمنا . وإذا تم هذا الاختلاط قبل المرحلة التالية ، وهي التكيل ، يعد زنا . فالعقد المسيحي هنا ليس في الواقع إلا جزءاً هاماً من الزواج يتم فيه تبادل الرضا بالزواج أمام الكاهن . وقد بدأت هذه المرحلة الثانية (العقد) في الاختفاء ؛ وأصبح رجل الدين يكتب بأخذ رضا الطرفين عند التكيل ، وهي المرحلة الأخيرة التي بها يتم الزواج ، وبذلك يحل للطرفين المخالطة الجسدية ^(١) .

هذه هي المراحل المختلفة التي يتم فيها الزواج لدى بعض الكنائس الشرقية . ويتضح منها أن الأمر قد انتهى لدى غالبية الطوائف الأرثوذكسية الشرقية إلى اعتبار الخطبة مرحلة أولى من الزواج الذي يتم على مرحلتين ، وأنه كان

(١) انظر في كل هذا ، دوفيليه ودوكيرك ، الزواج في القانون الكنسي الشرق ،

يترتب على الخطبة ارتباط الطرفين ، ما عدا حل المحالطة الجسدية الذى لا يتم إلا بإتمام المرحلة الثانية للزواج وهى التكيليل ؛ كما أن الخطبة باعتبارها مرحلة أولى للزواج لم تعد قابلة للفسخ إلا للأسباب التى تبيح فسخ الزواج نفسه ، وانتهى الأمر — كما رأينا — إلى أن الاجراءات خاصة بالخطبة صارت تتم مع المرحلة الثانية فى اليوم نفسه ، لأن الناس كانوا يعتبرون المرحلة الأولى خطبة ، واستغنوا بها عن الخطبة بمعناها الحقيقى التى يباح فيها للأفراد العدول ، مع أن الحال لم يصبح كذلك ، بل إنها أصبحت مرحلة أولى من مرحلتى الزواج . أما الخطبة بمعناها المادى ، فقد انتهى الامر إلى أن أصبحت اتفاقا عاديا بين الأفراد لم تدخل الكنيسة فى تنظيمه . ولهذا لم تشر بعض الكنائس الشرقية . مثل كنيسة الروم والأرمن الأرثوذكس ، إلى الخطبة ولم تنظمها ، لأن ما يسمى خطبة لدى هذه الكنائس لم يعد له وجود مستقل بذاته ، بل أصبح مرحلة من مرحلتى الزواج . وقد ترك تنظيم الخطبة لدى هذه الكنائس للأفراد ، على اعتبار أنها مجرد تواعد بين الأطراف أو خطبة بسيطة ، يحق لكل من الطرفين العدول عنها بسبب مشروع وإلا التزم بالتعويض ، باعتبار أن الإخلال بها إخلال بوعد عادى يربط مسئولية من أخل به . وأصبحت الخطبة البسيطة بهذا المعنى تتم قبل الزواج بئدة حتى يتحقق الفرض المقصود منها .

وقد عرفت الكنيسة القبطية الأرثوذكسية مراحل مشابهة للمراحل التى مرت بها الكنائس الشرقية الأخرى تقريبا . فقد وجد لدى الكنيسة المصرية ما يسمى بالخطبة البسيطة ، وهذه الخطبة البسيطة تتم بدون إهلاك رسمى ، أو بدون حضور كهنة . وبدون إقامة صلاة رسمية واحتفال ، وإنما هى مجرد اتفاق بسيط بين الطرفين . وهذا النوع من الخطبة إنما هو اتفاق عادى بين الأفراد يحق لكل منهما العدول عنه دون غرامة عليه فى ذلك (وإن كان من

«الممكن خضوع هذه الحالة للقواعد العامة في المسئولية» . وقول صاحب الخلاصة القانونية في المسألة التاسعة إنه «إذا كانت الخطبة صارت بدون عقيد إيماءك مرسى .. أو صارت بغير حضور كهنة وبدون إقامة صلاة رسمية واحتفال مشتهر .. بل كانت مجرد اتفاق بسيط بين الفريقين ، ولو أن ذلك كان بحضور كاهن ، لكنه لم يجر إتمام الخطبة بالصلاة الرسمية ، فاذا رغب أحد الفريقين عدم الزوج بالآخر فلا يجبر ، بل هو حر يتزوج بمن يريد ولا غرامة عليه بشئ . مادامت تكون الخطبة بسيطة بدون صلاة كهنوتية رسمية » . هذه هي الخطبة البسيطة ، وهي لا تتخذ — كما هو واضح — مظهرا دينيا ، ولا تتم بالصلاة ، كما أنها غير ملزمة ، لا يترتب على المدول عنها أى تعويض للآخر .

وقد عرفت الكنيسة القبطية نوعا آخر من الخطبة هي الخطبة الرسمية ، وهذه الخطبة الرسمية تختلط بإجراء مشابه هو ماسى بقصد «الإيماءك» . وهو نوع من التعاقد السابق على الزواج كانت الكنائس تجربه بوصفه مرحلة لازمة من مراحل الزواج ، وقد سمي بالإيماءك تمييزاً له عن الخطبة وهي الوعد بالزواج . ولكن التفرقة بينهما لم تكن واضحة . ويعرف الفقهاء الإيماءك بأنه «عهد موميعاد لتزويج مستأنف ، وتكون بمكاتبة وبدون مكاتبه» ^(١) . ومن هنا كان النظر إلى الإيماءك على أنه نوع من الخطبة ، مع أنه يختلف عنها .

فالخطبة الرسمية التى تكلم عنها الأقباط الارثوذكس هي الخطبة التى تتم فى احتفال دينى يحضر فيه الخطيب بنفسه أو وكيله ووكيل الخطيبة لدى الكاهن وجملة من أبناء الكنيسة . وبعد أن يتأكد الكاهن من توافر بعض الشروط

(١) ابن الصال ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ . وانظر كذلك المسألة الرابعة من الخلاصة القانونية .

من حيث عدم قيام مانع من مواعيد الزواج ، وتوافر الرضا ، وتناسب السن ، وميعاد الزواج وبلوغ الطرفين السن القانونية للزواج عند حلول هذا الميعاد ... ، يحرر كتاب بكل هذا ويوقع عليه الطرفان والشهود ، ويصدق الكاهن على ذلك ، ثم يتم الخطبة رسمياً بالصلاة (١) . هذه هي الخطبة الرسمية ، وهذه هي الاجراءات التي تتبع بشأنها ، إذا كان المقصود خطبة فقط لا عقد إملاك . ويتضح ما هنالك من فارق بين هذه الخطبة والنوع الأول الذي تكلمنا عنه وهو ما أسميناه الخطبة البسيطة على ماورد في المسألة التاسعة من الخلاصة القانونية ، ذلك أن الخطبة الرسمية هنا تتم في احتفال ديني على النحو الذي يبيانه وتتم بإجراءات معينة عن طريق الكتابة وتوقيع الطرفين والشهود والكاهن .

أما الإملاك فهو يشبه في الواقع المرحلة الأولى من الزواج لدى الكنائس الأخرى التي سبق لنا بيانها باعتبارها مرحلة لازمة ، وانتهى الأمر بها إلى أن أصبحت إجراءاتها تتخذ مع الزواج ، وهو المصير الذي آل إليه الإملاك كما سنرى فيما يلي .

ولقد كان من الجائزان تسبق الإملاك خطبة رسمية أو لا تسبقه ، ويختلف الوضع في كلتا الحالتين . فإذا تم الإملاك بعد الخطبة الرسمية ، وكان القصد إتمامه في وقت الأكليل ، فيجوز فيه رتبة الكنيسة المينة لطقس الإملاك كالدون بكتب الأكليل .

أما إذا لم يكن قد سبق بخطبة رسمية ، وكان قصد الفرقين عقد الإملاك فقط قبل ميعاد الأكليل - وهذه هي الصورة التي يختلط فيها بالخطبة - قد نص

(١) انظر المسألة الثانية من الخلاصة القانونية .

على أنه يشترط لعقده أن يكون بحضور كاهنين أو كاهن وشمامسين رشدين. وبعد تحقق الكاهن من توافر شروط معينة - وهي الشروط التي ينبغي التحقق منها عند الخطبة الرسمية ، مثل عدم وجود مانع من الزواج وتوافر الرضا وتناسب السن ... - قام بالإجراءات بوضع الصليب ويعقد الإملاك على خاتمين من جهة المليكين بالصليب بالتبريك والصلاة . كالرتبة المعتبرة لذلك ^(١) .

هذه هي الإجراءات التي كانت تتبع بالنسبة للإملاك في حالة ما إذا سبقته خطبة وفي حالة ما إذا لم تسبقه خطبة . والرابطة التي تنشأ عن الإملاك تسمى بالمقد ، وهي غير قابلة للرجوع فيها إلا للأسباب التي تبيح فسخ الإملاك على ماورد في المسألة الثامنة من الخلاصة القانونية . ولكن الرابطة الناشئة عن العقد لا تبيح المخالطة الجسدية ما لم يتبها التكليل وقرب القربان . فهذا وحده تم الزواج ^(٢) .

ونظراً لأن الحوادث التي جرت بأسباب عقد الإملاك كثيرة ومتعبة ، فقد قرر رجال الكنيسة القبطية منه ^(٣) .

والواقع أن عقد الإملاك لم يمنع ، بمعنى أنه حذف من طقوس الزواج ، بل إن الذي منع هو إجراء الطقوس التي يعتقد بها على استقلال عن طقس التكليل .

(١) أنظر في هذا المسألة السادسة من الخلاصة القانونية « وانظر أيضاً ابن السال السابق ص ١٩٨ .

(٢) ويقول ابن السال (ص ٢٠٤) في هذا الصدد : « وعقد التزويج لا يتم ولا يكون إلا بحضوره كان وصلاته عليهما ، وتقريه لهما القربان المقدس في وقت الاكليل الذي به يتعدان ويصيران جسداً واحداً كما قال الله سبحانه - وعلى خلاف ذلك لا يعد لهما تزويجاً » فان الصلاة هي التي تحلل النساء للرجال والرجال للنساء » .

(٣) أنظر شرح الخلاصة القانونية لـ جرجس فيلوتاؤس عوض ، بالهامش ص ٢٠ - ٢١ .

فلا يزال طقس الاملاك يمارس عند الزواج . وقد قصد رجال الكنيسة من منعه على استقلال الأيستيمس به العامة عن الخطبة العادية باعتبار أنه نوع منها مع أنه ليس كذلك^(١) . وإذا كان الاملاك يتم الآن مع طقس التكليل ، فإن هذا يحدث عادة إما في الليلة نفسها ، وإما أن يتم الاكليل في صباح اليوم التالي^(٢) .

ومن ذلك يتبين لنا أن الأمر قد انتهى في الكنيسة القبطية المصرية إلى إبراز كيان الخطبة مستقلة عن الاملاك ، وهذا ما يظهر في مجموعاتهم الحديثة ، إذ لم يرد ذكر لقد الاملاك ، ولكنها نظمت الخطبة باعتبارها وعدا سابقا على الزواج . وستولى تفصيلها فيما يلي ، فتكلم أولا عن افتقاد الخطبة لدى الطوائف المسيحية المختلفة بصفة عامة ؛ ثم تكلم بعد ذلك عن الاعلان عنها . وسندرس فيما يلي الأحكام المتعلقة بالخطبة ، ونعرض بصفة خاصة للتنظيم التي وضعتها قواعد الطوائف المختلفة التي عالجت الخطبة بمناها المرفوض باعتبارها وعدا غير ملزم بالزواج لامرحة منه . وإذا كانت بعض الطوائف لم تعرض بالتنظيم لأحكام الخطبة ، فإن من الممكن تطبيق الأحكام التي نعرض لها فيما يلي ، مع مراعاة الناحية الخاصة بالشكل ، باعتبار أن الخطبة بصفة عامة ، إذا استبعدنا الشكلية ، تمدد كالاتفاقات العادية . ولا نخرج في الأصل عن القواعد العامة .

(١) أنظر في : حلى طرس هذا ، مذكراته السابقة ، ص ١٤٢ .
(٢) أنظر في هذا : دوفيليه ودوكيرك ، الزواج في القانون الكنسي الشرقي ، ص ٢٠٧-٢١٠

الطلب الأول انعقاد الخطبة

٨٣- شروط انعقاد الخطبة : تنعقد الخطبة بين المسيحيين إذا توافرت الشروط المستتزمة لانعقادها . فلا بد من أن يوجد التراخي بين الطرفين ، كما لا بد من أن تتوافر فيهما أهلية معينة ، وأن تتم في الشكل المستلزم لانعقادها . أي لا بد من توافر الرضا والأهلية والشكل ، أو بمعنى آخر يجب أن تتوافر شروط موضوعية وشروط شكلية .

٨٤- أولا : الشروط الموضوعية : يلزم لانعقاد الخطبة أن يتوافر الرضا ، وألا يكون هناك مانع من الموانع ، وأن يبلغ الخطاطان سنا معينة .

الرضا : لا بد في الخطبة من تراضي الطرفين ، وهذا هو العنصر الأول . وقد رأينا أن الخطبة تتم عن طريق وعد متبادل بين الطرفين ، أو كما يقول المادة الرابعة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) عن طريق الإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر .

ويشترط في الرضا أن يكون سليما . فالغلط في الشخص ، والذي من شأنه أن يطل الزواج بعيب الإرادة أيضا بالنسبة للخطبة ، وكذلك الإكراه . وبصفة عامة يمكن القول إن عيوب الرضا التي تتصور بالنسبة للزواج ، قد توجد أيضا بالنسبة للخطبة ، فإذا وجدت الإرادة معينة لسبب من الأسباب يمكن طلب بطلان الخطبة استنادا إلى ذلك ^(١) .

(١) قد يقال في هذا الصدد إنه لما كانت الخطبة عقدا غير ملزم ، فإنه يكون للشخص الذي عبر عنه أن يتحلل من الخطبة بالدول عنها ، ولكننا نلاحظ ، مع ذلك ، أنه قد يكون للشخص في هذه الحالة مصلحة في الاستناد إلى عيوب الإرادة لابطالها ؛ لأن الاستناد إلى

وإذا كانت الخطبة تتم عن طريق تعبيرين متطابقين ، فانه يتعين ، نظراً
لتطبيعة محلها أن يكون الرضا بها شخصياً أى صادراً من المتعاقدين نفسه ، كما هو
الحال بالنسبة للزواج ، إذ أن الأمر يتعلق بمسألة يستطيع الحاطبان وحدهما
البت فيها . فإذا كان أحد الطرفين قاصراً « وجب أيضاً موافقة وليه على
ذلك » ^(١) . ومعنى هذا أن رضا القاصر ووليّه مستلزمان في هذه الحالة .
وهذا ما قرره الفقه الكنسي ، لأن الجانب الشخصي في هذه العقود محل اعتبار
كبير ، ولا يرغم أحد الطرفين على قبول معايشة شخص لا يرغب في معايشته .
وقد جاء في الخلاصة القانونية بشأن عقد الإملاك (وهو ما كان يستغنى به عن
الخطبة في بعض الأحيان كما قدمنا) أنه يشترط أن يكون « برضا المتعاقدين
إما بأنفسهما إن كان سلطانهما إليهما ... ، وإما بواسطة وكيلهما أو وليهما ... »
بشرط أن يكون بموافقتهم للتأبين عنهما . فإن كان نائب البنت يريد عقد
الإملاك لمن ليس هو أهلها ، فلها أن تضاده وتمنع عن القبول . . . » ^(٢) .

== هذا الأساس من شأنه أن ينفى كل احتمال يمكن أن يثار بالنسبة لمن يدل عن الخطبة من
حيث وجود المبرر للدول أو عدم وجوده ، وبالتالي من حيث إمكان إثارة فكرة مطالبته
بالتعويض . فالاستناد إلى عيب الإرادة في إبطال الخطبة يقطع كل احتمال لطلب التعويض عن
الدول في هذا الصدد ، دون أن يقع على كاهل من يدل عن الخطبة إثبات المبرر أو انتفى
لدوله ، ذلك المبرر الذي تستلزمه قواعد القانون الكنسي الخاصة ببعض الطوائف على ما سدرى
في المتن .

- (١) المادة ٤ من مجموعة ١٩٥٥ ومن مجموعة ١٩٣٨ للإتقاط الأرثوذكس .
وانظر كذلك المادة ٢ من مجموعة السريان الأرثوذكس وهي تقضى بأن الاتفاق والرفع
يكون بين الحطيين نفسيهما أو بواسطة وليهما أو وكيلهما . ولا يتبين من النص ما إذا كان
رضا الولي مستلزماً إلى جانب رضا الحاطب ، كما هو الشأن بالنسبة لنسب الأقباط . انظر مع ذلك
المادة ٤ من مجموعة السريان ، وبالنسبة لمن لهم الولاية في الخطبة أنظر المواد ٣ وما بعدها .
(٢) المسألة الرابعة من الخلاصة القانونية . وانظر كذلك ابن السال س ١٦٨ .
ويظهر أن الفقه الأرثوذكس يطول الخطبة البسيطة حكماً خاصاً ، فهي تجوز لولي ولو يغير =

ومن ذلك يتبين أنه إذا كانت الخطبة تتم عن طريق الإيجاب والقبول ، فلا يهم أن يقوم به الشخص بنفسه أو بواسطة وكيله أو وليه . على أن يراعى بالنسبة للقاصر أنه يلزم مواهنة وليه أيضا إلى جانب مواهنته . والقاصر في هذه الحالة هوم لم يبلغ السن التي تنتهى فيها الولاية على النفس . فإذا كان الشخص قد بلغ السن التي تنتهى فيها الولاية على النفس لم يصد قاصرا ، وكان رضاه

= رضا القاصر . ويقول ابن الصال من ١٩٧ في هذا : « بنير رأى الذى هوت تحت الحجر لا يكون . إملأك ولا يكون تزويج إلا أن يراضى المفتران والذين هما في جبرم . وهذا يمنع من التزويج والإملاك ولا يمنع من الخطبة » . وانظر أيضا من ١٩٣ من ابن الصال ، وكذلك المسألة الأولى من الخلاصة القانونية حيث جاء أنه إذا لم يكن المخطوب له تحت ولاية غيره صحت خطبته . لنفسه . . وإلا قام وليه مقامه في ذلك . ولكن يراعى أن قيام الولي مقام القاصر في هذه الحالة لم تكن له نتيجة حلبية ، طالما أنه لا يجوز إملأك ولا تزويج بنير رضا القاصر (أنظر حلى بطرس ، السابق ، ص ١٤٥ بالهامش) . ومن الملاحظ أن الكنيسة قد قاومت شيئا فشيئا سلطة الأصول فيما يتعلق بمواهنتهم على زواج القروع ، وفيما يتعلق بالخطبة ، قد أصدر « Boniface » الثامن مرسوما يحول للوالدين إبرام الخطبة باسم أبنائهم مهما كان سن هؤلاء . ولكن الخطبة في هذه الحالة لا ترتب عليها آثارها القانونية إلا إذا رضى ذوو المصلحة بها . صراحة أو ضمنا ، وهذا الرضا الشخصى يتطلب بلوغ سن السابعة . (انظر :

Traité de droit canonique, t. I, op. cit. par Charles de Clercq, p. 289)

هذا ويبنى أن يراعى أن العزيمة المسيحية بجميع مذاهبها لا تعرف ما يسمى بولاية الإيجاب التي تجيز لولي النفس أن يزوج الصغير الذى تحت ولايته ولو بنير رضا . فرضا الصغير بالزواج شرط لازم لصحته . ويرتّب على ذلك أن جميع المذاهب المسيحية لا تجيز الخطبة لمن لم يبلغ السابعة من عمره لاتعدام تمييزه ، ولا تجيز خطبة وليه له ، لأن رضا الصغير بالخطبة شرط لصحتها وهو لا يستطيع إبداء رضائه في هذه الحالة (أنظر حلى بطرس ، السابق ، ص ١٤٤-١٤٥)

وانظر كذلك المادة ٤ من مجموعة السريان الأرثوذكس وما آثاره احد سلامه ، ط ٣ ص ٤٣٣ - ٤٣٤ بشأن هذا النص من ملاحظات .

معتبراً . أما إذا لم يكن قد بلغ هذه السن ، فإنه يلزم كذلك مواضعه وليه ^(١) .

عدم المانع : لا تجوز الخطبة إلا بين من لا يوجد مانع شرعى من زواجهما . ذلك أن الخطبة إنما هي وعد بالزواج ، فإذا كان هناك مانع من الزواج ، فإن هذا المانع يقوم أيضاً بالنسبة للخطبة . وعلى ذلك لاتصح الخطبة بين من تربطهم رابطة قرابة أو مصاهرة ، كما لاتصح في حالة اختلاف الدين ... على ما سيرد ذكره عند الكلام عن موانع الزواج . فالخطبة ، كما قيل ، لاتصح إلا بين من « تجوز زيجتهما » ، أى بين من لا يوجد مانع من زواجهما . وهذا ما قضت به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة ^(٢) .

ولكن هل يلزم ألا يوجد مانع من الموانع عند إبرام الخطبة أيا كان هذا المانع ، حتى ولو كان من الموانع المؤقتة التى يحتمل زوالها فيما بعد ؟ لاجدال

(١) وتنتهى الولاية على النفس فى الشريعة الإسلامية بالبلوغ ، أى بلوغ الحلم ، أو بتمام الخامسة عشرة عند أكثر الفقهاء . أما عند الإقباط الأرثوذكس فتنتهى الولاية على النفس فى العادة والمشرى (مادة ١٦٠ من مجموعة ١٩٥٥) وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للريان الأرثوذكس (م ١٦٤) . وتنتهى عند الانجيليين ببلوغ من الثامنة عشرة (مادة ٣٢ من قانون الانجيليين) . أما بالنسبة للكاتوليك فالظاهر أن الولاية على النفس تنتهى فى السن التى يصبح فيها الزواج وهى ١٦ سنة للرجل و١٤ سنة للمرأة (قانون المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية ، وانظر شفيق شعامة « السابق جزء ١ » ص ٧٦ م) .

(٢) أنظر المادة الأولى من الخلاصة القانونية . وانظر ابن السعال ص ١٩٣ ، وقوانين ابن تعلق فى ملحق ابن السعال ص ١٧ . وانظر كذلك المادة الثانية من مجموعة الإقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) وكذلك مجموعة (١٩٣٨) . والمادة ١١ من مجموعة الريان الأرثوذكس « وتنس على أنه « تصح الخطبة حينما يصح الزواج » أى متى لا توجد موانع شرعية من الاقتراح . والمادة الثانية من قانون الانجيليين « وهذا النص الأخير يستلزم أن يكون الطرفان « راشدين » على عقد الزواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج » ، ومن بين شروط عقد الزواج ألا يقوم مانع يمنع منه (أنظر المادة ٧ من قانون الانجيليين) .

فى أنه إذا كان المانع من الموانع الدائمة الثابتة التى لاتزول ، كالقرابة مثلا ، فان الخطبة لاتصح . لكن إذا كان هناك مانع من الموانع المؤقتة كاختلاف الديانة أو المذهب مثلا ، وهو أمر مؤقت يحتمل زواله ، فهل يمنع ذلك من الخطبة ؟ بمعنى أنه ماذا يكون الحكم إذا كان هناك مانع من الزواج وقت الخطبة ، لكن هذا المانع سيزول عند إبرام الزواج نفسه ، كما لو كان الخاطب مثلا من الأقباط الأرثوذكس والمخطوبة من غير الأرثوذكس ! الواقع فى مثل هذه الصورة أنه قد لايتسنى إبرام الخطبة رسميا أمام رجل الدين الذى عليه أن يتحقق من خلو الطرفين القادمين على الزواج من الموانع ، لأن المانع قائم وقت الخطبة . ولكتنا نرى أنه يمكن أن يوجد تواعد بالزواج فى مثل هذه الحالة أو بمعنى آخر يمكن القول بقيام نوع من الخطبة البسيطة . وهذا قاصر بطبيعة الحال على الموانع التى يمكن زوالها ، أى الموانع المؤقتة ، كاختلاف الملة مثلا ، طالما أن المانع سيزول وقت إبرام عقد الزواج .

السن : وأما بالنسبة للسن فان الأمر يختلف عن السن المطلوب للزواج ، إذ العادة أن تمعد الخطبة قبل الزواج بمدة . ولهذا فان السن التى تحدد للخطبة تكون أقل من السن التى تحدد للزواج . وتختلف الكنائس الشرقية بخصوص السن التى لا تجوز الخطبة إلا ببلوغها . ولعل السر فى ذلك — أى فى اختلاف تحديد السن — يرجع ، كما هو الشأن فى حالة الزواج أيضا ، إلى أن هذه المسألة ليست مسألة دينية ، فلم يرد بشأنها حكم فى القوانين الإلهية ، وإنما هى من المسائل التى يحدها القانون الكنسى طبقا للاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية . وتنص مجموعة الأقباط الأرثوذكس^(١) فى المادة ٣ على أنه « لا تجوز

(١) مجموعة ١٩٥٥ ، وكذلك مجموعة ١٩٣٨ .

الخطبة إلا إذا بلغ سن الخاطب سبع عشرة سنة والخطوبة خمس عشرة سنة ميلادية كاملة « فإذا كان أحد الخاطبين قاصراً ، أى إذا لم يكن قد بلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، يلزم أن يوافق وليه أيضاً على الخطبة .

على أن المادة ١٥ من المجموعة سالفه الذكر^(١) تقضى بأنه « لا يجوز زواج الرجل قبل بلوغه ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة ولا زواج المرأة قبل بلوغها ست عشرة سنة ميلادية كاملة » . ومعنى ذلك أن من المتصور ، إذا ما تمت الخطبة عند السن المحدد لها ، وتم الزواج عند السن المحدد له ، أن تكون المدة بين الخطبة والزواج سنة . ولكن هذا التحديد لم يقصد به أن تكون المدة بين الخطبة والزواج سنة ، ولكن قصد به بيان أن هذه قد تكون مدة كافية لتحقيق أغراض الخطبة . والواقع أنه لم يقصد جعل مدة السنة حداً أدنى أو حداً أقصى يتم الزواج بعدها ، لأن من المتصور أن تطول المدة عن السنة أو أن تقل عنها .

فمن المتصور أن تقل المدة عن سنة إذا ما تمت الخطبة مثلاً فى سن السابعة عشرة والنصف للرجل والخامسة عشرة والنصف للمرأة ، ثم تم زواجهما بمجرد بلوغ السن القانونية وهى ١٨ سنة و١٦ سنة ، أى بعد مضى ستة أشهر . وهذا لا يتعارض أبداً مع النصوص .

ومن المتصور كذلك فى الصورة الأخرى أن تزيد المدة عن سنة ؛ ذلك أن السن المحدد للزواج إنما هو الحد الأدنى الذى لا يمكن إجراء الزواج قبله ، ومن المتصور أنه إذا تمت الخطبة عند السن المقرر لها وهو ١٧ و ١٥ أن تطول

(١) مجموعة ١٩٥٥ وتابل المادة ١٦ من مجموعة ١٩٣٨ .

الفترة عن سنة ؛ وهذا لا يتعارض كذلك مع النصوص^(١) . بل إن من بين نصوص مجموعات الاقباط الارثوذكس ما يؤدى إلى ذلك ، وإن من الجائز أن تطول المدة بين الخطبة والزواج عن سنة ، فقرر المادة ٩ من مجموعة ١٩٥٥ أنه إذا لم يتم الزواج في خلال سنة من تلويز اقضاء ميعد العشرة أيام الخاصة بالاعلان عن الخطبة (أنظر المادة الثامنة) ؛ فلا يجوز حصول الزواج إلا بعد إعلان جديد . ومعنى ذلك أن المدة ستزيد عن سنة في هذه الحالة ، إذ يتعين بمعد اقضاء السنة الأولى انتظار إعادة الإعلان من جديد ، وبقائه لمدة عشرة أيام يصح بعدها إجراء الزواج . والمهم في هذا الصدد أن يصل الطرفان بعد انتهاء فترة الخطبة إلى الحد الأدنى لسن الزواج على الأقل ، بحيث أنه إذا كانا لا يملكان السن المذكور عند انتهاء المدة التي يحددانها للزواج في عقد الخطبة ، فإن الميعاد يمد إلى حين بلوغ السن التي يجوز فيها الزواج^(٢) .

ولم يحدد لدى الطوائف الكاثوليكية سن للخطبة ما دام الشخص قد بلغ سن السابعة ، مع مراعاة أن الزواج لا يكون قبل ١٦ سنة للشاب و ١٤ سنة للفتاة^(٣) . ويبدو أنه لا يلزم لدى الكاثوليك أخذ موافقة الولى على الخطبة إذا

(١) قارن حلمي بطرس ، السابق ، ص ١٤٦ .

(٢) أنظر المسألة الثانية (خامسا) من الخلاصة القانونية ، وعند الروم الارثوذكس ليس هناك سن خاص للخطبة لأنهم يعتبرونها — كما قدمنا — مرحلة من مرحلتى الزواج ، وقد نصت المادة الأولى من اللائحة الصادرة في ١٥ مارس ١٩٢٧ والخاصة بهم على أن سن الزواج هو ١٨ سنة للشاب و ١٥ سنة للفتاة .

وهذا هو العكس عند الأرمن الارثوذكس الذين لا ينظمون الخطبة كذلك وإن كانوا يجتوبون سن الزواج ١٨ و ١٦ سنة . أما بالنسبة للريان الارثوذكس فتتس المادة ١٢ (راجما) على ألا يكون الطرفان دون السن المحدود ، أى أن لا يكون الذكر في أثناء الخطبة دون ١٦ سنة والأنثى دون ١٢ سنة .

(٣) أنظر المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية . وقارن مع هذا المادة ٣ (راجما) من مختصر القواعد الأساسية في الأحوال الشخصية لفليب جلال . (جزء ٥ ص ٣٤٥) . وكذلك المادة ١٠١ من نفس المواعد (ص ٣٨٢) . وانظر أيضا : De Smet ، السابق ص ١٢-١٣ .

ما تمت بعد بلوغ سن ١٦ سنة أو ١٤ للطرفين ، لأنه إذا كان الزواج يتعقد صحيحا في هذه الحالة بدون حاجة إلى موافقة الولي ، فإن الخطبة تتعقد من باب أولى^(١) . ولكن ينبغي أن يراعى في هذا الصدد ما نصت عليه الإرادة الرسولية في المادة ٢٤ من أنه في حالة الأبناء القصر (mineurs) ، يتعين على الكاهن أن ينصحهما بالاعتقاد الزواج دون معرفة والديهما أو على الرغم منهما ، فإذا لم يدعنا ، فليمتنع عن الزواج ، ولا يحضره إلا بعد أن يستشير الرئيس الكنسي المحلي . وقد قيل في هذا الصدد : إن موافقة والدي القاصرين ، وإن كانت غير معتبرة شرطا أساسيا لصحة الزواج ، إلا أنها ضرورية بالنسبة للتعليمات الدينية الواجب على الكاهن اتباعها ، ليكون عمله سليما وغير معاب عليه من الناحية الدينية^(٢) .

أما بالنسبة للانجليين فيشترط لجواز الخطبة أن يكون الحاطبان بالغين سن الرشد . ولا يقصد بسن الرشد في هذه الحالة سن الرشد الخاص بالتصرفات المالية ، وإنما المقصود هو سن الرشد الخاص بالزواج والمنصوص عليه في المادة العاشرة من قانون أحوالهم الشخصية . ومعنى ذلك أن الخطبة لا تصح إلا إذا بلغ الشاب ١٦ سنة والفتاة ١٤ سنة^(٣) .

هذا ويراعى أنه وإن كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة قد حددت سن الخطبة أو الزواج ، وأنها لا تتحد فيما بينها بالنسبة لهذا الموضوع ، إلا أنه

(١) أنظر ، شفيق شحاته ، السابق جزء ١ ، ص ٧٦ .

(٢) تادرس ميخائيل ، الأحوال الشخصية للمصريين ، السابق ، ص ١٥٤ وقد أشار في هذا الصدد إلى مؤلف « Adrien Cance » من القانون الكنسي .

(٣) مع مراعاة أن السن التي تنتهى فيها الولاية على النفس منعدم هي ١٨ سنة . (أنظر المادة ٢٢ من قانون الانجليين) .

ينبغي أن يدخل في الاعتبار أن الزواج بالنسبة لغير المسلمين أصبح لا يمكن توثيقه إلا إذا بلغ الزوج ١٨ سنة والزوجة ١٦ سنة . ويعتمد الوثيق المتدب في معرفة بلوغ أحد الزوجين السن القانونية على شهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها ، أو شهادة طبية تحرر لهذا الغرض ، هذا ما لم يكن طالب الزواج بحال تؤكد بلوغه السن القانونية ^(١) .

٨٥ - **ثانيا : الشروط الشكلية :** لا يكفي لقيام الخطبة أن يترضى الطرفان اللذان بلغا السن التي تستلزمها القواعد الكنسية للطوائف المختلفة والذان لا يوجد بينهما مانع يمنع زواجهما ، وإنما لا بد كذلك من توافر شكل معين تفرغ فيه الخطبة حتى يمكن أن تخضع للقواعد الخاصة بها في الشرائع الطائفية المختلفة . وقد استلزمت قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالطوائف المختلفة توافر شروط شكلية في الخطبة .

فالخطبة عند الاقباط الأرثوذكس يجب أن تتم على يد كاهن من كنيسة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية . هذا الكاهن يقوم باثباتها في وثيقة خاصة . وعليه قبل تحرير هذه الوثيقة التحقق من بيانات معينة . فيجب عليه قبل تحرير عقد الخطبة أن يتحقق من شخصية الخطيبين ورضائهما بالخطبة ، كما يتحقق أيضا من عدم وجود ما يمنع شرعا من زواجهما ، سواء من جهة القرابة أو الدين أو المرض أو وجود رابطة زواج سابق ، ويتحقق أخيرا من أن الطرفين سيبلغان السن التي يباح فيها الزواج شرعا عند انتهاء الميعاد المحدد لزواجهما في عقد

(١) أنظر المادة ٢٨ من قرار وزارة العدل الخاص بلائحة الموثقين المتدينين . وانظر كذلك القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق .

الخطبة^(١). هذه هي الأمور التي ينبغي على الكاهن التحقق منها قبل تحرير عقد الخطبة . وهذا العقد يشمل على بيانات يقوم الكاهن بتحريرها وهي :

- ١ — اسم كل من الخاطب والمخطوبة ولقبه وصناعته ومحل إقامته .
- ٢ — اسم كل من والدي الخطيبين ولقبه وصناعته ومحل إقامته ، وكذلك اسم ولي القاصر من الخطيبين ولقبه وصناعته ومحل إقامته .
- ٣ — إثبات حضور كل من الخاطبين بنفسه وحضور الولي إن كان بينهما قاصر ، ورضا كل من الطرفين بالزواج .
- ٤ — إثبات حضور شاهدين ، على الأقل ، مسيحيين راشدين ، وذكر اسم كل من الشهود وسنه وصناعته ومحل إقامته .
- ٥ — إثبات التحقق من خلو الخاطبين من موانع الزواج الشرعية .
- ٦ — الميعاد الذي يحدد لعقد الزواج^(٢) .
- ٧ — المهر أو ما يقوم مقامه في حالة الاتفاق عليهما .

هذه هي البيانات التي يقوم الكاهن بتحريرها . وإلى جانب ذلك ينبغي أن يوقع على الوثيقة التي بها تلك البيانات كل من الخاطب والمخطوبة وولي القاصر منها والشهود ، كما يوقع عليها أيضا الكاهن الذي حصلت على يده .

(١) المادة ٦ من مجموعة ١٩٥٥ ومجموعة ١٩٣٨ . وانظر أيضا المسألة الثانية من الخلاصة القانونية . وتضيف المسألة الثانية من الخلاصة أن على الكاهن التحقق كذلك من مسألة تناسب السن بين الطرفين ، كما إذا تزوج شاب بيجوز أو العكس ، فلا تناسب بينهما في هذه الحالة .

(٢) هذا ويجوز باتفاق الطرفين تعديل الميعاد المحدد للزواج في عقد الخطبة مع مراعاة السن التي يباح فيها الزواج . ويؤثر بهذا التعديل في ذيل عقد الخطبة ، ويوقع عليه من الطرفين . ومن الكاهن (مادة ٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨) للأنباط

الخطبة . وبعد الفراغ من كتابتها يتلو الكاهن الوثيقة على الحاضرين ، وتحفظ . بعد ذلك في سجل خاص ^(١) .

هذا بالنسبة للاقباط الارثوذكس . وإذا لم ترع الشكلية على الوجه السابق لا تعتبر الخطبة دينية وإنما قد تعتبر مجرد اتفاق عاды بين الأفراد يخضع للقواعد العامة في هذا الصدد ^(٢) .

أما عند الطوائف الكاثوليكية ، فلم يكن يستلزم في الرضا بالخطبة أية شكلية ، إذ كان الرضا يعتبر كافيا لقيامها ، مهما كانت وسيلة التعبير عنه ، طالما لم يشبه عيب من العيوب ، سواء كان الرضا صريحا أو ضمينا . بل إن السكوت في بعض الظروف كان يكفي للدلالة على توافر الرضا . وقد ظلت الكنيسة

(١) المادة ٥ من مجموعي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وانظر كذلك المسألة الثانية من الخلاصة القانونية . وتضيف هذه المسألة أنه بعد التأكد من البيانات التي نص عليها وتوقيع الطرفين والشهود وتصدق الكاهن يقوم هذا الأخير بأتمام الخطبة رسميا بالصلاة الربية والأدعية الروحية ثلاث مرات قائلا هكذا : باسم ربنا وإلهنا ومخلصنا يسوع المسيح اجتمعنا لنتم خطبة الابن الأرثوذكسي البكر (غلان) لخطيبته الابنة الارثوذكسية البكر (فلانة) الخ .

(٢) والواقع أنه طبقا لما جاء في مجموعي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس وعدم طلب إتمام الخطبة بالصلاة الرسمية ، فإن الخطبة على المعنى الذي جاءت به فيها تقرب إلى حد ما من الخطبة البسيطة التي نصت عليها المادة التاسعة من الخلاصة القانونية .

وعند **السرمان الارثوذكس** تنص المادة ٢٣ على أنه . . . بعد حصول الاذن الرسمي بإجراء الخطبة من الرئيس الروحي ، مطران الأبرشية أو وكيله المفوض ، يحضر كاهن وشماس وشاهدان من المؤمنين على الأقل ، ووكيل العروس أب كلن أو غيره ، والعريس أو وكيله ومعه خاتم و صليب ، وبعد أن يعلن الرضا أمام الطرفين ، يحضر الكاهن والشهود ، حينئذ الكاهن يصلي صلاة البركة على الخاتم ، ثم ينهب فيضه في أصبع العروس ويعلق الصليب في عنقها ، ثم يباركها بالصلاة وينصرف . أنظر كذلك المواد ٢-٣ من مجموعة السرمان . فإذا صارت الخطبة بدون إقامة صلاة رسمية واحتفال علني (أي بدون حضور كاهن) بل كانت مجرد اتفاق بسيط بين الفريقين ، فلها تأخذ حكم الخطبة البسيطة على ما ينشأ لدى الأقباط الارثوذكس (انظر المادة ٥٥ من مجموعة السرمان) .

الكاثوليكية إلى عهد قريب بعيدة عن التمسك بأية شكلية في هذا الصدد ،
وتبعاً لذلك كانت الخطبة تعتبر صحيحة بصرف النظر عن الاحتفال بها أو إتمامها
دون احتفال في الخفاء ودون توافر العلانية . وفي هذا المعنى جاءت المادة
الرابعة من قواعد الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية التي جمعها فيليب
جلاد تنص على أنه : « تصح الخطبة سواء كانت احتفالية أو انفرادية ، أى
خفية ، لأن القصد يصح بالتراضي ، فلم تحكم الكنيسة قط ببطان الخطبة
البسيطة ، بل إن الاحتفالية قد ألفتها العادة في كثير من الجهات »^(١) .

على أنه كان يترتب على الوضع السابق عواقب وخيمة ، لما كان فيه من
تخريض على المصيبة ومن خداع للفتيات عديمات الخبرة ، ومن خلافات
ومشاحنات لا طائل لها ولهذا عدل عن مبدأ الرضائية في الخطبة بالنسبة
للكاثوليك^(٢) . وجاءت المادة السادسة من الإرادة الرسولية للطوائف
الشرقية فصّت على «أن الوعد بالزواج ، وإن كان مزدوج الأطراف ويعرف
إذ ذاك بالخطبة ، باطل في كلتا المحكمتين (محكمة الضمير والمحكمة الكنسية) ،
au for externe et au for interne (ما لم يتم أمام الخوري
(le curé) أو أمام الرئيس الكنسي المحلي ، أو أمام كاهن نال من أحدهما
الإذن بحضور الخطبة » . كانت المادة السادسة في قهرتها الثانية كذلك أن .

(١) وقد تكلمت المادة ٢ من نفس القواعد على أقسام الخطبة ، ويتبين منها كذلك أن
أن الخطبة قد تكون كنيسية أو احتفالية وهي ما تنقد بمحضرة الكنييسة لدى خوري الرعية
والشهود ، وقد تكون انفرادية وهي ما يجري انعقادها بين الخاطب والمخطوبة على انفراد
أو بمحضرة والديهما وأهل بيتهما .

وانظر في هذا أيضاً : De Smet ، السابق ، ص ٧-٨ . وانظر كذلك المادة ٤ و ٥ .
من القواعد العامة بالإقباط الكاثوليك .

(٢) أنظر : De Smet ، السابق ص ٨-٩ .

من يحضر الخطبة من هؤلاء يلتزم بتدوين الاحتفال بها في دفتر خاص بالخطبة وعلى الكاهن الذى يحضر الخطبة ألا يهمل منح البركة المنصوص عليها في الكتب الطقسية للخطابين الكاثوليكين ، إذا كان قانونهما الخاص يتضمن ذلك^(١).

ومن ذلك يتبين أنه بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية يمين - بالنسبة للخطبة للكنيسة - أن تتم أمام رجل الدين ، على النحو المبين في المادة السادسة من الارادة الرسولية ، وأن رجل الدين يدون الاحتفال بها في دفتر خاص لذلك ، وهذا لا يعنى أنه يلزم أن يتم المقد كتابة ويوقع عليه الطرفان ، لأن النص كما هو واضح ، لا يستلزم ذلك^(٢) ، كما أن إتمام الخطبة في الشكل الكنسى لا يعنى عدم إمكان الالتجاء إلى الخطبة البسيطة التى تتم عن طريق التراضى بين الطرفين ، دون أن تتخذ الشكل الدينى المنصوص عليه في الارادة الرسولية .

أما بالنسبة للطائفة الانجيلية ، فقد نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية عندهم على أن « الخطبة هي طلب الزوج . وتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين على عقد الزواج بينا ، بالكيفية والشروط المعروفة في باب عقد الزواج . . . وثبتت الخطبة بكتابة محضر مضمّن بشهادة شاهدين ، على الأقل » . فالنص يستلزم إثبات الخطبة بالكتابة ، كما يستلزم توقيع شاهدين ،

(١) المادة ٧ من الارادة الرسولية .

وأظر في تفصيل هذا الموضوع جفة طامة : De Smet ، ص ٨ وما بعدها ، و Fournret ، السابق ص ٥٠ وما بعدها ، Charles Leclercq ، القانون الكنسى ، السابق ص ٢٩٠-٢٨٨ .

(٢) والنس الفرنسي للمادة السادسة في فقرتها الثانية واضح في هذا إذ يقضى بأن :

« Celui qui assiste à la promesse de mariage est tenu de veiller à ce que la célébration soit notée dans le livre des fiançailles » .

على الأقل على محضر الخطبة . ولا يبين هذا النص في وضوح ما إذا كان من اللازم إجراء الخطبة أم رجل الدين . وإن كان قد يفهم من عبارة أن الخطبة تتم بالكيفية والشروط المعروفة في باب عقد الزواج ، أنه يلزم إجراؤها أمام رجل الدين ، لأن الزواج لدى الأنجليكان لا يعقد إلا القسس المرسومون قانوناً . أو مرشدو الكنائس الانجيلية المرخص لهم بذلك (مادة ١٢ من نفس القانون) .

وخلاصة القول في هذا الصدد أن الخطبة لدى الطوائف المسيحية لا تعتد بمجرد توافر الشروط الموضوعية التي سبق لنا بيانها ، بل لابد كذلك ، لكي تخضع لولاية الشرائع الدينية ، أن تتخذ الشكل الذي تتطلبه تلك الشرائع من حيث إتمامها على يد رجل الدين ، على النحو السابق ^(١) .

الطلب الثاني الاعلان عن الخطبة

Les proclamations anténuptiales

٨٦ - **الفرص منه واجراؤه - الألفاء منه :** لعل من أهم الأغراض التي قصدت من إجراء الخطبة في الشكل الذي تتطلبه القواعد المختلفة للقانون الكنسي

(١) ونعتقد أن اختصاص رجل الدين بإجراء الخطبة لدى الطوائف المسيحية ، أو غير الإسلامية بمقتضى عامة ، قد هي قائما حتى الآن ، ولا يبين من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ الذي عدل أحكام القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق أنه قد غير من هذا الوضع . فقد عدلت المادة الثالثة من هذا القانون الأخير فأصبحت مكتب التوثيق تتولى تحرير جميع المحررات ماعدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمصريين ، مسلمين وغير مسلمين متحدى الطائفة والملة . وأصبح توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة يتم بواسطة موثقتين متدينين يمينون بقرار من وزير العدل . ويبين من ذلك أن القانون قد نظم مسألة توثيق الزواج والطلاق بالنسبة للمتحدى الطائفة والملة من غير المسلمين ، ولم يشر إلى مسألة توثيق الخطبة ، فيظل الوضع على ما كان من قبل . وانظر ما يلي فقرة رقم ٩٤ .

ولتمامها أمام رجل الدين والشهود ... إنما هو إشهارها ، حتى يعلم بها عدد كبير من الجمهور . وتحقيقاً لهذا الغرض كذلك تستلزم القواعد الكنسية للطوائف المختلفة النشر والاعلان عنها . وقصد من هذا الاجراء إشهار ما نواه الخطبان من إبرام عقد الزواج بينهما في المستقبل ، حتى يتنبه الناس إلى ذلك ، وحتى ينسئ لمن يعلم بوجود مانع يقف في سبيل إتمام الزواج ، أو لمن له وجه للاعتراض ، أن يتقدم فيكشف عن ذلك المانع أو يبدى ما لديه من اعتراض^(١) .

ولا يعد هذا الاجراء من الاجراءات اللازمة لانعقاد الخطبة ، أى لا يعتبر شكلاً خاصاً بالانعقاد ، كما هو الشأن بالنسبة للشروط التى تكفلنا عنها في الفقرة السابقة ، بل إن الخطبة تنعقد صحيحة إذا توافرت شروطها السالفة الذكر حتى ولو لم يحصل إعلان عنها . وكل ما هنالك أنه يقصد من ورائه - كما قدمنا - إتاحة الفرصة للكشف عن الموانع وللاعتراض على الزواج . وسنرى فيما يلى أن من الممكن إجراء الزواج دون الاعلان أو النشر ، إذ هناك حالات يعنى فيها منها .

والاعلان عن الخطبة يقوم به الكاهن الذى يناط به عقدها ، فليبه أن يحرر ملخصاً من عقد الخطبة في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ، ويعلنه في لوحة الاعلانات بالكنيسة ، وترسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التى يقيم كل من الخطابين في دائرتها ليعلقه في لوحة الاعلانات بالكنيسة . ويبقى

(١) وتقضى المادة ٩ من القواعد العامة بالكانتوليك والى جهها فيليب جلاذ أنه « المتأداة هي إعلانات يشهر بها خبر ما نواه شخصان من إنشاء عقد الزواج بينهما » يشل على تنبيه المؤمنين إلى هذا الخبر » .

واظنرى هذا الموضوع : ourneret ، السابق ص ٩٥ وما بعدها ، وكذلك De Smet السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

الملخص مطلقا قبل الزواج مدة عشرة أيام تشمل على يومى أحد . هذا هو ما تقرره القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس^(١).

وعند الكاثوليك لا تعتبر المنادة أو الاعلان (la publication de bans) شرطاً لصحة الزواج . ولكن هذا إجراء لازم أوصت به الكنيسة من قبل التهذيب العام ، ومنعا لأضرار ومشاكل يكثر وقوعها من عدم إجرائه ، ولمعرفة الموانع التى تحول دون عقد الزواج . وعلى ذلك فتختلف هذا الاجراء لا يؤدي إلى بطلان الزواج لدى الطوائف الكاثوليكية كذلك^(٢).

وقضى القواعد الخاصة بالاعلان لدى الكاثوليك بأن المنادة بحجري ثلاث مرات مترادفات فى أيام الأحد والأعياد المحلية الموصى بالبطالة فيها . ويقصد بالترادف هنا ألا يدع خورى الطائفة يوما من أيام العطلة بلا منادة بين المنادة الأولى والأخيرة^(٣). والغرض من اختيار أيام الأحد والأعياد هو ترك أكبر عدد من الجمهور يعرف الخطبة ، حتى يتسنى لمن له وجهه الاعتراض أن يتقدم .

وتتم المنادة أو الاعلان أثناء القداس (la messe) الرسمى ، ما لم توجد ضرورة ملحة ، كما إذا لم تتم المنادة أثناء الصلاة ولا يمكن تأخير الزواج ، أو براء الكاهن . وهذا هو الاعلان أو المنادة التى تتم شفها . إلا أن هناك طريقة

(١) المادة ٨ من مجموع ١٦٥٥ و ١٩٢٨ .

(٢) أنظر المادة ١٠ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنليب جلا . وانظر أيضا : Charles De clerq القانون الكنسى ، جزء ٢ ، فقرة ٣٤٤ من ٢٩٦ .

(٣) أنظر المادة ١٤ من الارادة الرسولية وكذلك المادة ١١ و ١٢ من فيليب جلا ، جزء ٥ من ٣٥١ وكذلك Charles De Clercq ، السابق ، جزء ٢ ، فقرة ٣٤٧ من ٢٩٨ ، و De Smet ، السابق من ٤٥ .

أخرى تقضى بها القواعد الخاصة بالكاثوليك وتم عن طريق الاعلان الكتابي، وفي هذه الحالة يجوز للرئيس الديني للجهة أن يستغنى في دائرته عن المناداة ويضع إعلاناً عاماً باسم المتعاقدين على باب الكنيسة أو أية كنيسة أخرى ، وذلك خلال مدة لا تقل عن ثمانية أيام لتحديد بحيث تشمل على يومى بطالة ، كأن يعلق الاعلان مثلاً في يوم الأحد صباحاً قبل القداس ويستمر حتى يوم الأحد التالى . وهذا يقرب مما نص عليه بالنسبة للأقباط الارثوذكس^(١) .

هذا عن الاجراءات الخاصة بطريقة الاعلان والنشر عن الخطبة ، فاذا مضت ستة شهور دون أن يتم الزواج وجبت إعادة المناداة من جديد ، إلا إذا رأى الرئيس الديني غير ذلك^(٢) . ولكن المادة ٩ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الارثوذكس تقضى في هذا الصدد بأنه إذا لم يتم الزواج في خلال سنة من تاريخ اقضاء ميعاد العشرة أيام التى يعلن فيها عن الخطبة ، فلا يجوز إجراء حصول إلا بعد تعليق جديد .

أما عن المكان الذى تتم فيه المناداة أو الاعلان ، فقد رأينا أنه يكتفى لدى الأقباط الأرثوذكس بتعليق ملخص الخطبة فى لوحة الاعلانات بالكنيسة التى تمت الخطبة أمامها . فاذا كانا — أو أحدهما — مقيمين خارج دائرة هذه الكنيسة ، ترسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التى يقيم فى دائرتها كل من الطرفين ، ليعلقها فى لوحة الاعلانات بها . ولا تختلف القواعد الخاصة بالكاثوليك

(١) المادة ١٥ من الإرادة الرسولية . وانظر كذلك : « شارل دوكليرك » ، السابق

جزء ٢ ، فقرة ٣٤٨ مى ٢٩٩ .

(٢) المادة ٣٠ من الإرادة الرسولية ، وانظر كذلك : « شارل دوكليرك » ، السابق ،

جزء ٢ ، فقرة ٣٥٢ ، وفيليب جلال ، السابق ، مادة ١٣ .

بصفة عامة عن هذه القواعد ، مع مراعاة الاجراءات الخاصة بالمناداة الشفوية لدى هذه الفئة الأخيرة ^(١) .

هذا وينبغي أن يراعى أن المناداة أو الاعلان عن الخطبة ليس أمراً لازماً في جميع الحالات ، كما أشرنا إلى ذلك من قبل ، ففي بعض الحالات يعنى من اتخاذ هذا الاجراء . وقد أجازت المادة ١٠ من مجموعة ١٩٥٥ للاقيباط الأرثوذكس للرئيس الدينى (الأسقف أو المطران) فى الجهة التى حصلت الخطبة فى دائرتها ، أن يعنى من تعليق ملخص الخطبة عند الضرورة إلى ذلك ، وهذا هو الحال أيضاً لدى الكاثوليك ، فيجوز للرئيس الدينى للجهة أن يعنى من النشر أو المناداة ، إذا رأى أن الحسنة تقتضى ذلك وكان هناك سبب مشروع ، وله ذلك حتى ولو كان يتعين النشر فى أبرشية أخرى ، وقد يكتفى فى هذه الحالة بالاعفاء من المناداة كلها أو بعضها ، كما إذا خيف فى هذه الحالة الأخيرة مثلاً من تأخير الزواج . وإذا ما تمدد الرؤساء الدينيون ، فإن حق الاعفاء يكون لمن سيعتقل بالزواج أمامه ، وإذا كان الزواج سيتم خارج دائرة الأبرشيات الخاصة بالطرفين ، فإن الاعفاء يجوز لأى رئيس دينى خاص ^(٢) .

(١) أنظر المادة ١٣ من الإرادة الرسولية لكاثوليك ، وانظر كذلك : « شارل - دوكيريك » السابق ، فقرة ٣٤٥ - ٣٤٦ ص ٢٩٧ . ثم انظر أيضاً : فيليب جلاز ، جزء ٥ المادة ١٤ . وبالنسبة لمناداة الخاصة بالسكركين والطوافين والغرباء ، أنظر المواد ١٧ و ١٦ من فيليب جلاز السابق ، ص ٣٥٢ .

(٢) المادة ١٨ من الإرادة الرسولية ، وانظر كذلك المادة ١٦ الخاصة بحذف الاعلان بالنسبة لزوج الذى يتم مع الاعضاء من ماتب اختلاف العقيدة أو الديانة المختلطة .

ويقابل ذلك المادة ١٠٢٨ والمادة ١٠٢٦ من القانون الكنسى الفرنسى ، أنظر : شارل - دوكيريك ، السابق ، جزء ٢ ، فقرة ٣٥١ و ٣٤٩ بالنسبة للاعضاء من الاعلان وحذفه على الترتيب . وكذلك المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاز .

والاعفاء من الاعلان أو المتأداة قد يكون لأسباب مختلفة . كما إذا خيف . من منع إتمام المقد بشير حق ، أو خشية السكيد والفضيحة ، أو إذا لم يكن من ورائها فائدة أو لم يكن لها جدوى ، كما إذا كان الطرفان غير معروفين في الجهة . التي يتعين فيها الاعلان ... (١) .

هذا عن الاجراءات التي تتبع بالنسبة للاعلان والنشر عن الخطبة قبل إجراء الزواج . وعن الاعفاء منه في بعض الحالات . ولكن إذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تتطلب القيام بهذا الاجراء على النحو السابق ، فإن الفرض منه كما قدمنا هو الكشف عن الموانع ، ثم إتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج . وهذا ما نعرض له في الفقرتين التاليتين .

٨٧ - **الكتب عن الموانع :** إن الفرض الذي تهدف إليه الكنيسة من الاعلان والنشر عن الخطبة هو توفير العلانية ، حتى يعلم أكبر عدد من الناس بالزواج الذي ينوي الخاطبان إتمامه . وإذا كانت الاجراءات التي تتبع في عقد الخطبة الكنسية تحقق هذه الغاية كذلك ، إلا أن الاعلان والنشر في أيام الآحاد والأعياد على النحو السابق ، من شأنه أن يحقق العلانية على نطاق أوسع ؛ إذ يصل الأمر إلى علم جمهور كبير ، وبذلك تتاح الفرصة للكشف عما قد يكون هناك من موانع تمنع ارتباط الخاطبين بالزواج . والالتزام بالكشف عن الموانع يقع على كل المؤمنين من المسيحيين .

(١) أنظر المادة ١٩ من القواعد الخاصة بالكاتوليك لقيليب جلاذ ، وانظر كذلك De Smet ، السابق ، ص ٤٧ وما بعدها حيث بين الأسباب التي تنفي من الاعلان ، وكذلك . شارل دوكليرك ، السابق ، ققرة ٣٥٩ ص ٤٠٠ .

بل إنه يوجد حتى ولو لم يكن هناك إعلان أو منادة ، إذا علموا من أى طريق آخر بوجود مانع من موانع الزواج . وعلى كل مؤمن ، رجلا كان أو امرأة ، ولو كان قريبا أو صديقا للمتأذى إليه ، أن يبين عاجلا وبأقرب فرصة ما يعلمه من موانع الزواج ، وإن كانت من الموانع الخفية^(١) .

ويلاحظ في هذا الصدد أن الذى ينظر إليه هنا إنما هى الموانع الخفية بطبيعتها ، أى غير الظاهرة (occultes) . ذلك لأن الموانع الظاهرة بطبيعتها يمكن الكشف عنها وتبينها بوضوح وسهولة ، ولا يوجد فى الكشف عنها ما يشين ، إذ أنها فى غالب الأحيان تكون معلومة واضحة .

وإذا كان الالتزام بالكشف عن الموانع يعتبر التزاما على درجة كبيرة من الأهمية ، فإن ذلك يرجع إلى خطورة المصالح محل الاعتبار ، ولهذا يتعين على الشخص أن يكشف عن الموانع بمجرد استطاعته ذلك ، ويخطر أولى الأمر بها ، وإن كان هذا لا يمنع الخاطئين ، بطبيعة الحال ، من التنازل عن الزواج . وبهذا ينتهى الأمر .

على أنه توجد حالات يسقط فيها الالتزام بالكشف عن الموانع ، ويحدث ذلك إذا كان على الشخص التزام بالسكوت . فالكاهن ليس عليه ، بل ولا يستطيع أن يكشف عن مانع لا يعرفه ، إلا عن طريق الاعتراف (confession) فقط . ومثل هذه الحالة أيضا كل سر يصل إلى الشخص عن طريق مهته ، وهو

(١) المادة ٢٠ من القواعد الخاصة بالكانتوريك فيليب جلاذ . وانظر كذلك المادة ١٧ من الإرادة الرسولية ، والمادة ١٠٢٧ من القانون الكنسى الفرنسى ، وشارل دوكليرك ، السابق ، فقرة ٣٥٠ من ٣٠٠ .

ما يعرف « بسر المهنة » (secret professionnel)، كالتطبيب والحماي^(١) ..
وإن كان عليهم في مثل هذه الحالة أن يقوموا بنصح الشخص الذي يزعم الزواج
بالعدول عنه .

ومع ذلك فإن الالتزام بالكشف عن الموانع يوجد ، حتى ولو كان قد
أفضى بالمانع إلى الشخص سرا ، بل حتى ولو اصطحب ذلك باليمين (serment) ،
ذلك لأن الصالح العام في هذا الصدد يدخل في الاعتبار^(٢) .

وهناك حالة أخرى تعتبر سببا كافيا للاعفاء من الكشف عن الموانع ،
هي حالة ما إذا كان الكشف يؤدي إلى ترتيب أضرار جسيمة وشخصية ،
سواء من الناحية المادية أم من ناحية الشرف والسمعة . ولكن ينبغي في هذه
الحالة أن تكون الأضرار من الجسامة بحيث تكون النتائج السيئة المتوقعة ترتبها
على السكوت عن كشف المانع أشد جثامة وخطورة^(٣) .

ومهما يكن من الأمر ، فإن من عليهم التزام بالسكوت ، أو من توجد

(١) وعلى ذلك فالطبيب الذي يسأل عن مرض أحد عملائه والذي يعلم به من طريق
العيل نفسه ، يخضع أيضا لمبدأ كتمان السر ، حتى ولو كان قيام المرض لا يتفق والزواج ، بل ومهما
كان الضرر الذي يتوقع استنزاف حدوده بالنسبة للطرف الآخر . أنظر في هذا : De Smet :
السابق ص ٥٢ وهامش رقم ٢ .

(٢) أنظر : De Smet : السابق ، ص ٥١ ، ٥٢ وخاتمة هامش رقم ١ ص ٥٢ .
فليب جلاد ، السابق ، جزء ٥ ص ٣٤٣ تحت « فتاوى » ، فتوى رقم ١٨ وما بعدها .

(٣) والواقع أن المقصود هنا قبل كل شيء ، الضرر الشخصى الذى يمس السمعة
والشرف . وقد يحدث - وكثيرا ما يحدث - أن يتعلق الأمر بالزواج بين أخ وأخته الطبيعية ،
أو بين أب وابنته ، ولا يعرف مثل هذه الفضيحة إلا المرأة التى كانت خطيبها السبب الأول . فهذه
الحالة لا ترغم على كشف المانع إلى رجل الدين أو حتى إلى الحاطين لما سيلحق بها من العار .
هذا ولو أن إقرارها يعتبر الوسيلة الوحيدة لمنع هذه الوحشية . أنظر في هذا الصدد :
De Smet ، السابق ص ٥٣ وأمثة أخرى في هامش الصفحة نفسها :

لديهم أسباب قوية كافية للسكوت عن الكشف عن الموانع ، يلتزمون مع ذلك ، بقدر المستطاع ، بنصح الحاطين وبمحاولة إرجاعهما عن إتمام الزواج بطريقة أو بأخرى ، ودون أن يكشف عن السر الذى أفضى به إليه عن طريق المهنة ، أو دون التعرض لأضرار جسمية .

٨٨ - الاعتراض على الزواج : رأينا فiasبق أهمية الإعلان من حيث إتاحة الفرصة للكشف عن الموانع ، وتبدو أهميته كذلك من حيث إتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج ؛ وهى مسألة أخرى غير الكشف عن الموانع . ذلك أنه إذا كان الالتزام بالكشف عن الموانع ، التزاما عاما يقع على كافة المؤمنين ، فإن الاعتراض على الزواج إنما هو وسيلة تغطى للنوى المصلحة فقط . وقد حصرت مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس من لهم حق الاعتراض على الزواج فى المادة ٢٨ ، قررت أن حق المعارضة فى الزواج يكون للأشخاص الآتى ذكرهم : (أ) من يكون زواجا لأحد المتعاقدين (ب) الأب ، وعند عدمه أو عدم إمكانه إبداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ، ثم للأم ثم للجد لأم ، ثم لباقي الأقارب المنصوص عليهم فى المادة ١٥٥ بحسب الترتيب الوارد فيها ^(١) . وتقبل المعارضة ، ولو تجاوز المتعاقدين سن الرشد . (ج) الولى الذى يعينه « المجلس الملى » طبقا لما هو وارد

(١) والأقارب المشار إليهم فى هذا النص هم الأقارب الذين لهم الولاية على النفس . وقد نصت المادة ١٥٥ على أن « الولاية على نفس القاصر هى للأب ثم لمن يولى الأب بنفسه قبل موته ، فإن لم يول الأب أحدًا فالولاية بعده للجد الصحيح ، ثم للأم ما دامت لم تتزوج ، ثم للجد لأم ، ثم للأرشد من الأخوة الأشقاء ، ثم من الأخوة لأب ، ثم من الأخوة لأم ، ثم من الأعمام ، ثم من الأخوال ، ثم من أبناء الأعمام ، ثم من أبناء الأخوال ، ثم من أبناء البهات ، ثم من أبناء الغلات . فإذا لم يوجد ولى من الأشخاص المتقدم ذكرهم بين المجلس (المحكمة الآن) وليا من باقى الأقارب أو من غيرهم » .

في المادة ١٥٥ . وتقوم الآن محكمة الأحوال الشخصية بدلا من المجلس الملى في ذلك .

هذا عن الأشخاص الذين لهم حق الاعتراض على الزواج .

أما عن إجراءات الاعتراض ، فإنها تتم في ظرف العشرة أيام التي يحصل فيها النشر أو الاعلان عن الخطبة ، ويكون ذلك بتقرير يقدم إلى الرئيس الديني المختص . ويجب أن يشمل التقرير على اسم المعارض وصفته والمحل الذي اختاره بالجهة المزمع عقد الزواج فيها ، والأسباب التي يبنى عليها اعتراضه ، والتي يجب ألا تخرج عن موانع الزواج التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية ، وإلا كان الاعتراض لاغيا .

ويرفع الاعتراض خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصوله إلى المحكمة العادية بدلا من المجلس الملى ، وعليها أن تفصل فيه على وجه السرعة .

ولا يمكن السير في إجراءات الزواج إلا إذا رفض الاعتراض وصار الحكم فيه نهائيا ^(١) .

(١) أنظر المادتين ٣٠ و ٣١ من مجموعة ١٩٥٥ - وانظر المادة ٢٩ وما بعدها من مجموعة ١٩٣٨ . وكذلك تادرس ميقاتيل ، الأحوال الشخصية لتغير المسلمين من المصريين ، السابق ص ٥١ - ٥٤ . والمحكمة التي تختص في هذه الحالة إنما هي المحكمة الكلية ، لأنها الجهة الوحيدة المختصة بنظر بطلان الزواج في الحالة التي يتم فيها (نفس المرجع السابق) .

الطلب الثالث

آثار الخطبة

٨٩ - الحلول التي اخذت بها الطوائف المختلفة - الحق في المدول واستلزام
المقتضى - التعويض على من يعدل بدون مقتضى :- إذا تمت الخطبة على النحو
السابق مستوفية شروطها الشكلية والموضوعية ، وانتهى الأمر إلى وصول
الطرفين إلى التفاهم والتجاوب ، فانهما يعملان على إتمام الزواج في الوقت
المتفق عليه . وفي هذه الحالة تنتهى الأمور نهاية طبيعية ، إذ يتحقق الغرض المقصود من
الخطبة ، وينتهى الأمر إلى إبرام الزواج . وهذه النتيجة لا تثير أية إشكالات .
على أن الخطبة قد لا تنتهى إلى ذلك ؛ فقد يعدل أحد الطرفين ولا يتم
الزواج ، ذلك أن الخطبة ليست كغيرها من الاتفاقات الأخرى المعروفة في
القانون المدنى ، فلكل من الطرفين أن يعدل عنها ، ولا سبيل لأحد عليه في
ذلك ، أى لا يمكن إكراهه على إبرام الزواج ؛ إذ قد لا يتحقق الغرض الذى
شرعت الخطبة من أجله ، من حيث التوافق والتفاهم ، وهما أساس الحياة
الزوجية ، نظراً لقدسية رباط الزواج . ولهذا يكون من المصلحة إتاحة الفرصة
لكل من الطرفين في المدول وعدم إجباره على إتمام الزواج ؛ إذ يجب أن
يكون كل منهما متمتعاً بكل حريته في التعبير عن إرادته والرضا بالزواج رضا
لا تشوبه أية شائبة .

ولهذا تقرر قواعد القانون الكنسى أن لكل من الخطيين المدول عن
الخطبة ، كما تقرر أنه لا توجد هناك أية دعوى للمطالبة بإبرام الزواج ؛ حتى
ولو كانت الخطبة صحيحة وتمت في الشكل الذى تتطلبه القواعد الخاصة بشرعية

الطرفين ^(١) . وهذا في الواقع ما يتفق وطبيعة الخطبة ، ويفرق بينها وبين العقود الأخرى ، إذ يجوز هنا لأى من الطرفين أن ينهى الخطبة بالارادة المنفردة . ولا يمكن إدغامه على قبول الزواج وهو غير راض به . هذا هو الأصل الذى ينبغى أن يكون بالنسبة للخطبة ^(٢) .

ولكن إذا كان لكل من الطرفين الحق فى العدول عن الخطبة بالارادة المنفردة ؛ إلا أن من القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ما يقرر أنه لا بد أن يكون هناك مقتضى للعدول . فإذا لم يوجد هذا المقتضى ؛ أى إذا لم يوجد سبب يبرر العدول عن الخطبة ؛ كان هناك مجال لتعويض الطرف الآخر .

وهذا ما جاءت به القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس ؛ فبعد أن ذكرت المادة ١١ من مجموعة ١٩٥٥ أن لكل من الخطيين حق العدول عن

(١) أنظر المادة ١٢ و ١١ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وأنظر مع ذلك المادة ٤٩ وما بعدها من مجموعة السريان . والمادة ٣ لدى الأنجليكان والمادة ٦ من الارادة الرسولية للكاتوليك . وإذا كانت مجموعة السريان تقضى بأنه لا يجوز فسخ الخطبة إلا لأسباب شرعية ، فانه يجب ألا يفهم من ذلك أنه لا يمكن فسخها إذا لم يوجد سبب شرعى ، إذ أن مجموعة السريان تتوقع أن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون أسباب شرعية ، ولا يترتب على العدول إلا التعويض . وهذا فضلا عن أن مجموعة السريان متأثرة بفكرة جيل الخطبة مرحلة من مرحلتى الزواج . وهذا الاعتبار هو ما حدا بطائفتى الروم والأرمن الأرثوذكس إلى عدم الكلام عن أحكام الخطبة ، لأنهم يعتبرونها مرحلة أولى من مرحلتى الزواج ، وإن كان لا يوجد ما يمنع من أن تكون هناك خطبة بسيطة يمكن العدول عنها (أنظر الطبيعة القانونية للخطبة ، للدواف ، ص ٨١ بالمهامش) .

(٢) ومع ذلك ، فإن فقهاء القانون الكنسى يقررون أن الطرفين يلتزمان التزاما أخلاقيا من حيث الضرير بالوفاء بالوعد ، طالما أنه لم يكن هناك مقتضى للعدول ، وهذا ما قد يترتب على الخطبة آراء مينة ، كالالتزام بإبرام عقد الزواج فى الوقت المتفق عليه والتعاون المشترك على صيانة العلاقات الودية بين الطرفين طبقا للظروف والتقاليد ، والسكف عن كل ما من شأنه أن يجعل الطرفين غير أهل لانعام الزواج . وإن كانت كل هذه الالتزامات مجرد التزامات أخلاقية ، بطبيعة الحال .

الخطبة؛ جاءت المادة التالية وقررت أنه لا بد أن يكون المدول يقتض . وهذا هو ما جاءت به القواعد الخاصة بالانجيليين كذلك .

وهنا يثور التساؤل عما هو المتقضى الذى يبرر المدول دون أن يلزم من عدل بالتعويض . لم تبين القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس ما هو المتقضى فى هذا الصدد ، ومعنى ذلك أن تقدير سبب المدول ينبغى أن يترك للقضاء . ومع هذا فإنه يمكن الاستئارة فى شأن المتقضى ، أو السبب الكافى لتبرير المدول ، بما جاءت به بعض الطوائف الأخرى . من ذلك مثلا ما جاءت به

= ويرتب فقهاء القانون الكنسى على الخطبة آثارا معينة ، ومن هذه الآثار عدم جواز انفراد أحد الطرفين بالتزوج بغير الآخر طالما ظلت الخطبة قائمة ولم تسمح شرعا ، إذ أنها مانع محرم من التزوج ما دامت صحيحة قائمة . كما يرتبون على الخطبة كذلك مانع الحشمة العامة الذى من شأنه أن يجعل كلاما من الطرفين غير أهل لتزوج بأقارب الآخر حتى الدرجة الأولى ، ويظل هذا المانع حتى بعد فسخ الخطبة ما دامت قد نشأت صحيحة مطلقة (انظر فى هذا : De Smet ، السابق ، ص ١٨ وما بعدها ، وانظر المادة ٧ من القواعد الخاصة بالكانتوليك ، ليلب جلاد) .

والظاهر أن الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية لم تأخذ بتامع الحشمة العامة بالنسبة للخطبة ، بل جعلته يرتب على الزواج فقط ، كما سترى فيما بعد عند الكلام عن موانع الزواج ، كما أن الموانع النصلة بالخطبة قد زالت صفة طامة من هذه الإرادة ، سواء كانت هذه الموانع من الموانع المحرمة أو من الموانع المبطلّة ، وإن كان يرتب على الخطبة التزام طبيعى ، وهذا الالتزام الطبيعى لا يوجد ، كما قبل ، إلا فى حالة الخطبة الكنسية الصحيحة وحدها ، وأما ما عدا ذلك من حالات الوعد بالزواج فهى مجردة عن القوة الإلزامية بالمرّة (انظر فى هذا : « Galtier » من الزواج فى النظام الكنسى الشرقى ، سنة ١٩٥٠ ، جزء أول . ص ٣٠ .

هذا ويراهى أن مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس لم تذكر شيئا من تلك الآثار التى رتبها فقهاء القانون الكنسى على الخطبة ، وهذا هو الحكم أيضا بالنسبة للانجيليين . وانظر المادة ١٢ (أولا) من مجموعة السريان الأرثوذكس فى التصل الخاص بموانع الخطبة والزواج ، حيث تجعل من موانع الخطبة والزواج كون أحد الخطيبين مخطوبا لآخر .

به قواعد الأحوال الشخصية للإنجليين . فقد ذكرت المادة الرابعة من القواعد الخاصة بهم أن السبب الكافي لفسخ الخطبة يمكن أن يكون أحد الأسباب الآتية : (١) إذا ظهر فساد في أخلاق أحدها فيما يختص بالعة ، ولم يكن معلوما للآخر قبل الخطبة . (٢) إذا ظهر بأحدها عاهة سابقة على الخطبة لم تكن معلومة للآخر . (٣) إذا وجد بأحدها مرض فتاك معد . (٤) إذا اعتق أحدها دينا آخر بعد الخطبة . (٥) إذا ارتكب أحدها جريمة مهيئة للشرف وحكم عليه بسببها بالحبس سنة فأكثر . (٦) إذا غاب أحد الخطيين إلى جهة غير معلومة للآخر ، أو بدون رضا وطالت مدة النياب حتى بلغت سنة علاوة على الأجل المحدد للزواج .

هذه هي الأسباب التي ذكرتها قواعد الأحوال الشخصية للإنجليين وتعتبر سببا كافيا يبرر فسخ الخطبة^(١) . ويكفي أن يوجد واحد من هذه الأسباب حتى لا يحكم على الناكل عن الخطبة بتعويض ما طبقا لما قضى به القواعد الخاصة بالطوائف التي تستلزم وجود مقتضى للعدول . وهذه الأسباب ما هي إلا أمثلة لما يعتبر مبررا يستند إليه ، ولا مانع من الأخذ بغيرها ، إذ لا يمكن أن توضع قاعدة تحصر ما يعتبر سببا كافيا للعدول ، لأن ذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان . والقاضى يقدر فى كل حالة على حدتها ما إذا كان هناك سبب كاف يبرر العدول أم لا ، أو بمعنى آخر يقدر ما إذا كان العدول يقتضى أو بدون مقتضى .

على أنه إذا كان العدول من جانب أحد الطرفين بغير مقتضى فإن من

(١) أنظر الأسباب التي أوردتها مجموعة السريان الارثوذكس فى المادة ٢٩ ، وكذلك المادة ٥٢ ، ٥٣ .

عدل يلزم بالتعويض . وقد اختلفت القواعد الخاصة بالطوائف في نظرها إلى تقدير التعويض في هذه الحالة . أما بالنسبة للأقباط الأرثوذكس فقد فرقت القواعد الخاصة بهم بين ما إذا كان المدول من جانب الخاطب وما إذا كان من جانب المخطوبة . فإذا كان المدول من جانب الخاطب ، « فلاحق له في استرداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا » . أما إذا كان المدول من جانب المخطوبة ، « فللخاطب أن يسترد ما قدمه لها من المهر والهدايا غير المستهلكة » . هذا هو الجزاء المحقق إذا ثبت أن المدول كان بغير مقتضى . وهذا الجزاء قد حدد تحديداً تحكيمياً ، بغض النظر عما إذا كان قد وقع بالطرف المتروك . ضرر أم لا من جراء عدول الطرف الآخر . بل إنه يعتبر حقا له في هذه الحالة حتى ولو تجاوزت قيمة المهر والهدايا ما وقع من أضرار . وهذا التعويض الجزافي محل نظر ، وسنعود إلى ذلك بعد قليل .

ويراعى أن التعويض الذي حددته القواعد السابقة ، يقضى به « فضلا عما لكل من الخاطبين من الحق في مطالبة الآخر ... بتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدوله عن الخطبة »^(١) .

والذي يستفاد من النص السابق ، أنه يصح الجمع بين المهر والهدايا وبين التعويض عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر من جراء المدول عن الخطبة . أما بالنسبة للانجيليين فإنه إذا كان المدول بدون سبب كاف حكمت السلطة المختصة للطرف الآخر بالتعويضات ، ويغتم من التعويضات المذكورة ما يكون قد دفع قداماً من أحد الخطبيين . أما الهدايا العينية فتضيق على التاكيد

(١) أنظر المادة ١٢ و ١٣ من مجموعة ١٩٥٥ و ١٩٣٨ ، وانظر المادة ٥٠ وما بعدها من مجموعة السريان الارثوذكسي .

• وتبقى للآخر . وعلى ذلك ، ينبغي ، طبقا لهذا الحكم أن يبدأ بتقدير التعويض ، ثم يخصم منه ما يكون هذا الأخير قد حصل عليه قدا من النا كل عن الخطبة . وإذا كان الحكم السابق قد بين أنه يخصم من التعويضات ما حصل عليه الشخص من مبالغ قدية ، فإنه لم يبين أنه ينبغي أن يتناسب مقدار التعويض مع الضرر الذى وقع بالمترك ، كما أنه لم يبين حكم ما لو كان هذا الشخص قد تسلم مبالغ قدية تتجاوز كثيرا ما ناله من ضرر ، وهل لنا كل أن يسترد شيئا منها فى هذه الحالة أم لا ، إذا راعينا أن يكون التعويض على قدر الضرر . وهذا ما قد يتصور كذلك بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، فقد يتجاوز المهر والهدايا قيمة الضرر ، ومع ذلك لا يمكن لمن عدل أن يسترد منها ما يجاوز القدر الذى يكتفى للتعويض عن الضرر . وقد يكون فى هذا إجحاف بالخطاب النا كل ، إذا يكتفى أن يعوض المضرور عما حاق به من ضرر ، لا أن يثرى على حساب الغير . وما هذا فى الواقع إلا نتيجة لفساد الأساس الذى يقوم عليه التعويض فى هذه الحالة ، كما سنرى .

ومن ذلك تبين أن الأحكام السابقة تفضى بصفة عامة بالحكم على النا كل بالتعويض ، وأن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس^(١) والانجيليين تستلزم أن يكون عدول أحد الخطيئين مبرر أو يقتض . فإذا ما ثبت أنه لم يكن هناك مقتضى للعدول حكم على النا كل بالتعويض ، بل إنه طبقا لقواعد الأقباط الارثوذكس يقدر التعويض بطريقة جزافية دون أن يتقيد بما إذا كان قد وقع بالعرف الآخر ضرر أم لا . هذا التعويض الجزافى يرتبط فقط بانعدام مقتضى فى العدول عن الخطية .

(١) وكذلك السريان الارثوذكس .

٩٠ - النظر في الحلول السابقة - طبيعة الخطبة والاساس الذى يمكن ان يقوم عليه التعويض في حالة العدول عنها : رأينا فيما سبق أن الخطبة إذا ما تمت في الشكل الذى تتطلبه الشرائع الدينية ، لدى الطوائف التى تنظمها ، فانه يترتب على العدول عنها بدون مقتضى تطبيق الجزاءات التى نصت عليها الطوائف سאלفة الذكر ، وهى طوائف الاقباط والسرطان الأرثوذكس والانجيليين ، إلا أنه ينبغى النظر فى الحلول السابقة على ضوء طبيعة الخطبة والفرض منها لئلا نرى إلى أى مدى ينبغى الأخذ بتلك القواعد . وإذا كان من المسلم به أن القواعد التى تنظمها الطوائف المختلفة هى الواجبة التطبيق بالنسبة للخطبة باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن هذا لا يمنعنا من النظر فى الاساس الذى يقوم عليه التعويض لئلا نرى مدى اتفاه مع طبيعة الخطبة والفرض منها ، مدى اتفاه مع القواعد العامة فى هذا الصدد . وهذا يجعلنا نمرض لطبيعة الخطبة فى الشريعة المسيحية واستلزام المقتضى فى العدول ثم للأساس الذى ينبغى أن يقوم عليه التعويض .

٩٠ مكر (١) الخطبة وعد غير لازم - حرية العدول : إذا قامت الخطبة بين طرفيها طبقا للإجراءات التى نصت عليها الطوائف السابقة . فانه لا يترتب عليها أى إلزام من الناحية القانونية . ذلك أنه إذا كانت الخطبة اتفاقا ، أو وعدا متبادلا بين الطرفين على إبرام الزواج فى المستقبل ، وتأخذ تبعا لذلك طابع الاتفاقات الأخرى ، إلا أن لهذا الاتفاق خصائصه ، إذ يتدخل القانون ليصل منه اتفاقا غير ملزم لطرفيه ، حيث يميز لكل منها أن يعدل عن وعده . فلا يتم الزواج ^(١) .

(١) ويتضح هذا من النصوص التى أوردتها قواعد الأحوال الشخصية فى هذا الشأن ، كما قدمنا فى البند السابق ، حيث تميز العدول لكل من الحائطين ، كما تنص بعض الطوائف صراحة على عدم تحويل أى من الطرفين دعوى المطالبة بإتمام الزواج الموعود به .

ولكل من الطرفين أن يمدل عن الخطبة ، حتى ولو تمت في الشكل الذى تتطلبه القواعد الخاصة بشريعة الطرفين . ولاشك أن هذا الدول ينهى الخطبة ، بصرف النظر عما قديقال من أن الخطبة المسيحية عقد ، وعقد شكلى . ذلك أن اعتبار الخطبة عقدا على هذا النحو ، لا يغير من طبيعتها وأغراضها على الاطلاق ، باعتبارها وعداً باتمام الزواج فى المستقبل ، إذا ماتم التوافق بين الطرفين . والشكل الذى يضىف عليها لا يجعل منها عقداً ملزماً ! بل تظل كما هى ، وعدا غير لازم ، وإذا كانت الخطبة الدينية تصاغ فى شكل معين ، وتتم أمام رجل الدين والشهود ، فان الغرض من ذلك هو إشهارها والاعلان عنها ، وإعطائها طابع الجدية . ولهذا أهميته فى الشريعة المسيحية ، إذ ييسر لمن له سبيل فى الاعتراض على إتمام الزواج بين الخطبين أن يقدم ، كما يتيح الفرصة للكشف عما قد يكون هنالك من موانع تحول دون انعقاد الزواج بين الطرفين . هذا هو الهدف الاساسى من الشكلية التى تستلزم فى الخطبة لدى المسيحيين ، ولا يمكن أن ترتفع هذه الشكلية بالخطبة إلى مرتبة السر المقدس ، كما لا يمكن أن تغير من طبيعتها فتجعل منها عقدا ملزماً لطرفيه .

ولهذا لا نرى أن ينظر إلى الخطبة الدينية التى تتم طبقاً للأوضاع المرسومة ، نظرة خاصة من حيث طبيعتها فيقال إنها ترتب التزاما على كل من الخطابين بإبرام الزواج خلال المدة المحددة له ، مالم يطرأ ما يبرر عدوله عنها ^(١) . أو أن هذه الخطبة تنشئ التزاما بإبرام الزواج ؛ وأنه إذا كان لا يمكن تنفيذ هذا الالتزام عينا ، لما ينطوى عليه التنفيذ العيني من مساس بإحدى الحريات

الشخصية ، فان أثره يقتصر على المطالبة بالتعويض ^(١) . ذلك أن هذا الرأي الأخير يعنى أن يظل الالتزام قائما . وكل ما هنالك أنه لما كان من غير الممكن تنفيذ عينا ، فانه ينفذ عن طريق التعويض ، والتعويض ، في هذه الحالة ، ماهو إلا بدل من الالتزام الأصيل ؛ كما يقول أيضا صاحب الرأي السابق ^(٢)

والواقع أن الشكل الدينى لايجعل للخطبة أية صفة إلزامية ، بل إنه يبقى لكل من الطرفين حق المدول عنها . وإذا كان هذا جائزا في الشرائع المختلفة ، فهو أولى في الشريعة المسيحية بصفة خاصة ، نظرا لأن الأصل في الرابطة الزوجية هو عدم قابليتها للانحلال . وقد يعقد الزواج على غير رغبة تامة في إتمامه ، فتكون حياة الزوجين جحيما ، يحاولان التخلص منها بطرق شتى ، حتى ولو بسلوك ما يؤدى إلى ذلك كارتكاب الزنا . وفي هذا ما قد يدفع الأفراد إلى الخروج عن الطريق القويم الذى ترسمه لهم الديانة المسيحية . ولذلك يكون من الثمين عدم تقييد حرية الطرفين في المدول ، حتى ولو تمت الخطبة في الشكل الدينى ، لكي تحقق أغراضها ، وحتى لا يدفع الأفراد إلى محاولة التخلص من الرابطة الزوجية بأية وسيلة ممكنة .

ومن ناحية أخرى ، ينبغى أن نراعى ما هنالك من فوارق بين الوعد بالزواج أو الخطبة ، وبين العقود المدنية الأخرى . ولا ينبغى القول بأنه إذا لم يكن التنفيذ المعنى ممكنا ، فانه ينفذ بطريق التعويض . ذلك أن الأصل في العقود المدنية هو التزام الطرفين بالتنفيذ ، وبالتنفيذ المعنى . فإذا لم يكن هذا ممكنا ، حكم

(١) شفيق شعاته ، السابق ، جزء ١ ص ٨٠ ، وانظر أيضا ص ٨٩ وهامش هذه الصفحة .

(٢) المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٨٩ بالهامش .

بالتعويض . والتعويض ، في هذه الحالة ، ما هو إلا طريق لتنفيذ الالتزام . وهذا يعنى أن الالتزام يظل قائماً رغم عدم إمكان تنفيذه عينا . فالتعويض هنا يكون عن عدم إمكان تنفيذ الالتزام عينا ، مع مراعاة أن الالتزام لم ينقض . والوضع في هذه الحالة يختلف تماماً عنه في حالة الخطبة . ففي حالة الخطبة لا يوجد أى التزام بالتنفيذ . بل إن الأصل بالنسبة لها هو حرية الطرفين في المدول انتهى الأمر . فالمدول التقيدها . وإذا ما استعمل أحد الطرفين حقه في المدول انتهى الأمر . فالمدول عن الخطبة ينهيها ، أيما كان سبب المدول ، ولا يتولد عنها أى التزام عقدي يقع على عاتق من عدل . ولهذا فلا محل للأخذ بما قال به بعض الفقهاء ، في صدد كلامهم عن الخطبة في الشريعة المسيحية ، من أن المدول بدون مسوغ إنما هو عدول تسمى ، وباعتباره كذلك لا يكون له أثر قانوني ، وأن العقد يظل قائماً بعد المدول كما كان قبله ، ويتبنون من ذلك إلى تنفيذه بطريق التعويض ^(١) . فالمدول هنا حق للطرفين ، وإذا ما استعمله أحدها انتهى العقد ، ولا محل للجدل في ذلك فلا يمكن إذن أن تعتبر مسئولية من عدل عن إتمام الزواج مسئولية عقدية . تقوم على أساس افتراض الخطأ في جانب من يعدل عن الخطبة بمجرد عدوله .

ولهذا فإن ما جاءت به بعض المجموعات الخاصة بغير المسلمين من افتراض الخطأ في جانب من يعدل عن الخطبة لا يصح الأخذ به ^(٢) ، لأن هذا يقتضى أن نقيم المسئولية على أساس العقد ، مع أن العقد ينقض بمجرد المدول عنه ، كما قدمنا سواء كان مبرر أو بدون مبرر . وهذا أمر لا جدال فيه ، طالما كان من المسلم

(١) أنظر شفيق شحاته ، السابق ص ٨٩ والهامش ، وكذلك ص ٨٠ . وانظر في نقد تطبيق فكرة التصف في هذا المجال ، الطيعة القانونية للخطبة للدوآف ، رقم ٢٠ وما بعده ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) أنظر الطيعة القانونية للخطبة ، للدوآف ، السابق ص ٨٥ وهامش ٢ .

به أن الخطبة وعد غير لازم ، وأنها إنما شرعت لأغراض معينة ، وقد لا تتحقق تلك الأغراض ، فلا يكون هناك محل فيها لإلزام أى من الحاطبين بالاستمرار . والالتقاء إلى إتمام الزواج يقوم من بدايته معرضا للفشل .

والواقع أنه إذا كانت الخطبة اتفاقا بين طرفيها ، فإن الفرض منها فتح المجال لكل منهما في بحث حالة الآخر ودراسة بقصد إتمام الزواج متى وجد فيه كل ما يريده من شخص يشاركه حياته ، وهذا هو الهدف منها ، إنما لا يترتب على قيامها أى إلزام . وإذا كان القانون يجعل من الخطبة اتفاقا غير ملزم ، فإن هذا يرجع إلى الغاية منها ، لأنها كالزواج ، تقوم على اعتبارات نفسية قليلة . فاذليل بالزامها لطرفيها كان في هذا تعارض مع الغاية المقصودة منها ، ولذلك أباح القانون لكل من طرفيها أن يعدل عنها حتى آخر لحظة إلى أن يتم الزواج . وتحقيقا لهذه الغاية لا يباح تنفيذ الوعد بالزواج عينا ، ولا بطريق التعويض ، بل إن كل قيد يحد من حرية الأفراد في المدول عنه يعتبر باطلا لمناقضته للحرية اللازمة للأفراد . في الزواج ، سواء كان هذا القيد مباشراً أو غير مباشر ، عن طريق استلزام تعويض وفرض مغارم مالية عن مجرد المدول في ذاته ، أو عن طريق الاتفاق على شرط جزائي ، أو حتى عن طريق إحراج من يعدل وإلزامه بتبرير عدوله وإبداء الأسباب على ذلك ، والإلزام متعسفا في استعمال حقه ، كما يذهب البعض^(١) . والفرض من كل هذا هو عدم وضع المراقيل في سبيل عدول أى من الطرفين ، ومن بين هذه المراقيل شعور الشخص بجسامة ما سيقده أو ما سيتحمل به من جراء المدول ، وقد يتنهّل ذلك في قفده لما قدم من مهر أو هدايا ،

(١) أنظر المؤلفات الطبيعة القانونية للخطبة ، السابق رقم ٢٠ وما بعده من ٢٨

وقد يتمثل في مبلغ تعويض عن خطأ مفترض بسبب المدول ؛ بل وقد يشمل .
في ناحية معنوية أو أدبية ، وهي التدليل على عدوله وإعطاء المبرر له ، مما قد
يسبب له الحرج إذا ما كشف عنه . كل هذا يتنافى مع الحرية اللازمة للأفراد
في المدول ، ومع الغاية المقصودة من هذا النظام القانوني .

والواقع أن حرية الأفراد في المدول ولو بالإرادة المنفردة ، إنما تتفق
وإرادة الطرفين ، كما تتفق كذلك والغاية من هذا النظام القانوني ، وتتفق أيضا
مع المصلحة العامة ، ومع ما يقضى به القانون في هذا الصدد .

فالمدول يتفق ونية الطرفين ، إذ تنصرف نيتهما حين الاتفاق إلى أن .
الأمر يتعلق بمرحلة تهديدية سابقة على عقد الزواج ، وإلى أن إتمام المقدمين الأمور
المحتملة التي وقد تتحقق قد لا تتحقق . فجاز المدول أمر يجب أن يتوقعه كل منهما في
أى وقت قبل إتمام الزواج . ولا يمكن القول إطلاقا بأن التراضي كلن على أساس .
أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل ^(١) . فمدم لازام في الخطبة إذن لا يخرج عن
أن يكون إعمالا وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ، واحتراما لإرادة الطرفين .
والمدول أمر يدخل في الحسبان منذ البداية . ولهذا لا يكون لأى منها أن يتضرر
« إذ ليس لمن رضى بأمر طائما مختارا ، وهو عالم به ، أن يتضرر من نتائجه ،
علا بالقاعدة الرومانية « Volenti non fit injuria » كما جاء في أحد .
أحكام المحاكم ^(٢) .

(١) عهد أبو زهرة ، محاضرات معهد الدراسات العربية ، السابق ص ٦٢ .
ولهذا يجب أن تحكم هذه الفكرة سلوك الخاطبين إلى أن يقرر مصيرهما بالزواج أو عدمه .
فاذا قام أحدهما بتضحيات وسلوك سلسكا على أساس أن الأمر نهائى ، كان عليه — في الأصل —
أن يتحمل تبعه سلسكه ، مالم يكن ذلك بسبب خطأ الطرف الآخر ، كما سترى .
(٢) مصر الكلية في ٨ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة ص ١٥ رقم ١٢٩ ص ١٦١ .

والمدول يتفق كذلك والغاية من الخطبة ، كما قدمنا . لأنه إذا كانت الخطبة قد شرعت تمهيداً للزواج ، فإن ذلك إنما ليكون الرضى به بروية تامة ، وعن فحص كاف في هذه المهلة المشترطة ، تحقيقاً للسعادة الزوجية في المستقبل . فإذا لم يجد أحد الطرفين في الآخر ما يريد ، فلا ينبغي أن توضع المراقيل في سبيل المدول . وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تقف عقبة في هذا السبيل وتبيحه بصفة مطلقة ، فإنه أولى في الشرائع التي تحدد من حالات الطلاق كالشريعة المسيحية ، على نحو ما قدمنا .

وعدم الالتزام في الخطبة يتفق كذلك والمصلحة العامة . إذ أن الزواج هو عقد الحياة . ولهذا يجب أن يتوافر لكل فرد كامل الحرية والاختيار ، حتى يستطيع ترديد الأمر على وجوهه المختلفة ، فلا يقدم عليه تحت تأثير أو دافع سوى مصلحة الحياة الزوجية وحدها . وإلا فإنه إذا تم ، ولم يكن من المستطاع استمرار الحياة الزوجية ، وانتهى الأمر إلى الطلاق ، لسكانت العاقبة وخيمة على الزوجين وعلى الجماعة نفسها ، خاصة إذا كان هناك أولاد . وهو ما كان يمكن تلافيه لو تم المدول في البداية قبل إتمام الزواج . ولهذا يردد الفقهاء القول بأن « الفشل في الخطبة خير من الفشل في الزواج »^(١) .

هذا هو أساس المدول عن الخطبة ، فهو يدخل في اعتبار الطرفين ويتفق ونبتها ، كما يتفق والغاية منها . ويتفق كذلك والمصلحة العامة . هذا بالإضافة إلى أن قواعد الأحوال الشخصية تنص عليه صراحة ، كما بينا . وبذلك لا يوجد إلزام من الشارع بالخطبة ، كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية .

(١) ويقول الأستاذ De Page في مؤلفه « Traité élémentaire de droit civil belge » جزء ١ ط ٢ سنة ١٩٤٨ ص ٦٤٠ هامش ٣ إن خطبة مع التجربة أفضل من زواج مع التجربة .. جز ١ ط ٢ سنة ١٩٤٨ ص ٦٤٠ هامش ٣ إن خطبة مع التجربة أفضل من زواج مع التجربة .. " S'il ne vaut pas mieux admettre les fiançailles à l'essai, plutôt que de s'exposer aux mariages à l'essai " .

٩٠ مكرر (٢) - استلزام مقتضى المدول : رأينا أن الخطبة ، إنما شرعت ..
لحكمة معينة ، وأن الهدف الأساسي منها هو إعطاء الفرصة للطرفين الوقوف
على مدى استعدادهما لإقامة حياة دائمة بينهما عن طريق الزواج ، وأنه يكون ..
لكل منهما الحق في المدول عنها إذا لم يجد في الآخر مقومات تلك الحياة .
المستقلة ، وإذا كانت الخطبة تعطى لكل من الطرفين الحق في المدول ، فانه
لا ينبغي أن يقيد هذا الحق بأية قيود ، سواء من الناحية المادية أم من الناحية
المعنوية . فلا ينبغي أن توضع العراقيل بفرض غرامات مالية على من يعدل ،
أو باستلزام تقديم مبرر للمدول ، وإلا غرم من يعدل دون تقديم المبرر
غرامات مالية قد تكون ذات قيمة كبيرة في بعض الأحيان . إذ الواقع أن هذا
يخذ من حرية الأفراد في المدول ، وهو ما يتنافى والغاية من الخطبة ، وما قد
يحمل البعض على قبول الزواج وهم له كارهون . إذ يكون عليهم تقديم المبرر
أو فقد ما قدم من مهر أو هدايا ، أو دفع الفرامة المتفق عليها ؛ وقد يكون في
كلا الأمرين مشقة تجعلهم يقدمون على الزواج رغما عنهم ، إذ قد يكون تقدير
الشخص لما سيضيق عليه من مهر أو غيره مانعا له من المدول ؛ كما أنه قد يكون في
إلزامه بتقديم المبرر لمدوله إحراج عظيم ، يجعله يقبل إبرام الزواج صاغرا ،
مفضلا ذلك على تقديم الدليل في مسألة من أدق المسائل ؛ وهي مسألة الوصول
إلى انسجام وتوافق مع الطرف الآخر الذي سيشاركه حياته المستقبلية . إذ الواقع
أن الأمور التي يقيم الشخص عليها حكمه بالنسبة لشريك حياته القادمة إنما هي
أمور حساسة دقيقة . وقد يعطى الشخص أهمية خاصة لبعض المسائل ، مع أنها
تعتبر غير ذات بال لدى الآخرين ، إذ تتباين طبائع الناس وميولهم . وفي تطلب
تقديم المبرر من كل من يعدل إيقاع بالكثيرين منهم في الحرج . وقد يجبل

الأفراد من الكشف عن تلك المبررات التي يرون أنها مسائل دقيقة شخصية بحجة ، وقد يصعب التعبير عنها أمام القضاء . بل إنه قد يكون في الكشف عنها ما يشين بالطرف الآخر ويسئ إليه ، وخاصة إذا كان ذلك الطرف الآخر هو المخطوبة ، وقد يكون الضرر الذي يحيق بها من جراء الكشف عن المبرر لعدول المخطوب أشد خطورة من تركها بدون تعويض عن العدول . كما أن الشهامة وحسن النية قد تحملان البعض على عدم ذكر السبب الصحيح للعدول عن الخطبة^(١) .

على أنه ينبغي أن يراعى كذلك في صدد الكلام عن العدول عن الخطبة في شرائع غير المسلمين أن كل قيد يوضع على حرية الأفراد في هذا الشأن يتنافى مع النظام العام . ونذا ينبغي أن يستبعد كل قيد يحد من تلك الحرية ، سواء كان هذا القيد مباشراً أو غير مباشر . ولا شك أن استنزاع تقديم المبرر عن العدول والحكم على الناكل بفقد ما قدم من مهر أو هدايا ، أو بدفع الغرامة المتفق عليها ، إذا لم يكن لعدوله مبرر ، يعتبر قيداً غير مباشر على حرية

(١) أنظر في هذا المني حكم محكمة استئناف مصر في ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ص ١٢ رقم ٤٢٢ ص ٨٥٥ وقد جاء فيه إنه « لا يجوز البحث في الأسباب التي حلت المخطب عن العدول عن الخطبة ، لأن الخوض في البحث عن المبرر يؤدي إلى إفشاء أسرار العائلات وإظهار فضائح تخمس الأديان والشرائع الوضعية على سقرها لما قد ينجم عن إذاعتها من النتائج الخاطئة مما يمس النظام العام والآداب . ومطالبة من عدل عن الخطبة بإبداء الأسباب التي أدت إلى العدول والاستئناف إلى الحكم عليه بالتعويض ، فيه إخراج شديد للمخطب والمخطوبة على السواء ، واعتداء على مالكيتها من الحرية المطلقة في إبرام الزواج الذي إذا تم يبرمض إرادة أحد طرفيه كان سببا في شقاقها وتماستها ومفوتاً لفرض المقصود منه » . وانظر كذلك ما جاء بمجئيات حكم لمحكمة نفسها في ٢٣ مايو ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ص ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ حيث رفضت التعويض عن الضرر الادبي حتى لا تتدخل في بحث الشئون الشخصية والاعتبارات العائلية بالحرمان « وهي تسع كل الاحتمالات » وفيها مجال للاعذار الوجيهة التي تقدم في سبيل قران شخص بأخرى . . . » .

الأفراد في إبرام الزواج . ولهذا ينبغي أن تكون هذه الحرية مطلقة من كل قيد . فالزواج - كما جاء في أحد أحكام الاستئناف ^(١) - « ليس في حقيقته من عقود المعاملات ، بل هو بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة على الزوجين واستتباب السلام العائلي ، وهو لا يتحقق إلا بانقاده بمخالص الرضا بين الطرفين . وهذا الشرط يقتضى خلوه من التقييد بالوعد السابق والتعرض للتضييعات » ^(٢) .

وإذا كنا نرى إباحة العدول لكل من الطرفين دون أية قيود ، ودون استنزام تقديم المبرر لذلك ، فما هو الحكم بالنسبة لما تنص عليه القواعد الخاصة ببعض الطوائف من استنزام المبرر للعدول وإلا غرم من يعدل بما قدمه من مهر أو هدايا ، أو ألزم بالفرامة المتفق عليها في الخطبة كشرط جزائي ؟ الواقع أن القواعد السابقة لا تقضى بهذا النوع من التعويض الجزائي إلا في حالة العدول بدون مبرر . فإذا كان هناك مبرر للعدول لا مجال لهذا التعويض الجزائي . وهذا يبين أنه يترتب على الخطبة آثار معينة في حالة ، ولا تترتب أية آثار في الحالة الأخرى ، مع أن طبيعة الخطبة واحدة في جميع الحالات ، لا تختلف بحسب ما إذا كان للعدول مبرر أو لم يكن له مبرر ، والعدول ينهيا في جميع الحالات ، كما قدمنا . وإذا

(١) استئناف مصر في ٣٠ يونيو ١٩٣٠ المحاماة ص ١١ رقم ٣١٣ ص ٦٢٦ .

(٢) واستنزام عدم وضع القيود على حرية الزواج ، ولو بطريق غير مباشر ، هو الذي يؤدي كذلك إلى القول بطلان كل اتفاق على التوضي ، يلزم به - سلفا - من يعدل عن الخطبة . وهذا ما يؤدي كذلك إلى عدم إعمال أحكام الربوب في هذا الشأن . ويتفق الفتى على عدم صحة الشرط الجزائي ، حتى من يرى أن الخطبة تنهى التزاما باتمام الزواج (شفيق شحاتة ، السابق ، فقرة ٨٨ ص ٨٠) .

ولهذا فالتا لا يرى إعمال النصوص التي أوردتها قواعد غير المسلمين في هذا الصدد باعتبارها تتنافى مع حرية الزواج ، من ذلك ما جاء في كتاب الأحكام الشرعية لابن شمعون بالنسبة لليهود الربانيين من أنه يجوز توثيق الخطبة بمقد كناية يشتمل على غرامة يلزم بها من يعدل عن الخطبة من المتعاقدين ، وأن ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شيء آخر غير الغرامة المفروضة وذلك بطبيعة الحال في حالة العدول دون سبب من الأسباب التي تنس عليها (أنظر المواد ٧٨ و ٩٠) .

ما انتهت فقد يثار الكلام عن الآثار التي قد تترتب عليها وهي أمور خارجة ،
عن الخطبة ذاتها ، ولا تنشأ عن مجرد المدول في ذاته . هذا فضلا عن أن
افتراض الخطأ في حالة المدول بدون مبرر فقط يقيم المسؤولية على أساس
العقد^(١) ، مع أن من المسلم به أن المدول - أيما كان - ينهى الخطبة ، وأن
المسئولية بصدد الخطبة ليست عقدية ، وأن الخطبة ليست ملزمة .

وإذا كان منطلق النصوص السابقة ، والتي تستلزم المبرر في المدول وإلا
فقد من يعدل ما قدمه من مهر أو هدايا أو غرم ما اتفق عليه كشرط جزائي ،
يؤدي إلى القول بأن الوعد بالزواج يكون ملزما في هذه الحالة ، وأن المسؤولية
عن المدول تكون عقدية ، فإن الفقه - على ما يبدو - قد وقف حائراً أمام
تلك النصوص . فقرر البعض أن المدول بدون مقتضى يعتبر خطأ يرتب المسؤولية
التقصيرية رغم اتصاله بالتعاقد ، وأن هذا ما يفسر لماذا لا تترتب مسؤولية من
يعدل بمقتضى^(٢) . والواقع أننا إذا كنا نوافق على النتيجة التي وصل إليها أنصار
هذه الفكرة من حيث إقامة المسؤولية عن المدول عن الخطبة ، بصفة عامة ، على
أساس القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، فأننا لا نصل إلى ذلك من خلال
النصوص السابقة التي تقدر ما يضيع على الشخص في حالة المدول بدون مبرر
تقديراً جزائياً ، كما لا نرى الوصول إلى ذلك أيضاً على أساس انعدام المبرر في
المدول فقط ، وإنما الخطأ في هذه الحالة يكون بالنظر إلى الظروف التي يتم فيها
المدول وإلى سلوك من يعدل . هذا فضلا عن أن الاتجاه السابق لا يبرر لنا

(١) أنظر في هذا المعنى : دى باج ، السابق - رقم ٥٧٢ ص ٦٤٠ ورقم ٥٧٢ bis
ص ٦٤١ ، ويقول : إننا إذا أخذنا بفكرة انعدام المقتضى فقط دون غيرها ، فإن هذا يؤدي
بالضرورة إلى قبول الصفة الإلزامية لوعود الزواج وبالتالي إلى جمل المسؤولية عقدية .

(٢) أنظر أحمد سلامة ، السابق ، طبعة ١ وخاصة ص ٧٥-٧٦ .

ما تقضى به النصوص السابقة من تقدير ما يضيع على من يعدل بصفة جزافية ، بصرف النظر عن تناسبه مع ما قد يحصل من أضرار . وقد يكون فى فقد المهر والهدايا خسارة جسيمة بمن يعدل تفوق قيمتها بكثير ما قد يحقق بالمخطوبة من ضرر .

وقد دعا هذا الوضع بعض الفقهاء إلى القول بأن مثل تلك النصوص ، بما تتضمنه من جزاء للعدل بغير مقتض ، غير قابلة للتطبيق الآن أمام المحاكم المدنية ^(١) .

والواقع أن كل تناقض وتمقيد فى هذا الأمر يرفعه الاكتفاء بالنص على أن العدل فى ذاته ينهى الخطبة ، دون تفرقة بين ما إذا كان العدل بمهر أو بدون مهر ، ودون التعرض لحكم المهر والهدايا وتقدير التعويض تقديرًا جزافيًا على نحو ما تنص عليه بعض مجموعات الطوائف من غير المسلمين . كما ينبغى أن يترك أمر التعويض للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية ، وهى مسألة لاحقة على العدل ، وبذلك تتاح الفرصة أمام القضاء لعمل التاسب بين الضرر الذى يحقق بالطرف المتروك ، وقيمة التعويض المستحق له ، إذ قد يفوق ما يحصل عليه من مهر أو هدايا قيمة الضرر ، بل وقد لا ينشأ عن العدل ضرر بالمرة ، كما لو كان المتروك هو المخطوبة مثلاً ، وسارع شخص آخر إلى التزوج بها ، ولم تلحق بها على هذا النحو أية أضرار مادية أو أدبية .

ولعل ما أخذت به القواعد الخاصة بالكاثوليك هو أقرب الحلول إلى المنطق ، بل يمكن القول إنه أفضل حل يصح الأخذ به ، وهو ما ينبغى أن يتخذ

(١) أنظر فى هذا : جميل الشرفاوى السابق (١٩٦٠/٥٩) ص ١٠٧ وما بعدها .

كأساس لحل تشريعي يوضع في هذا الصدد بصفة عامة سواء بالنسبة للمسلمين .
أم لغير المسلمين . ولقد كانت القواعد الخاصة بالكاثوليك فيما مضى تذكر
أسباب فسخ الخطبة والتحلل منها ، ولكن الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية
الشرقية التي أصدرها البابا عام ١٩٤٩ حذفت كل ذلك ووضعت نصاً موجزاً
يقضى بأنه « لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به ، بل لتعويض
الأضرار إن وجب »^(١) . ذلك أن الالتزام الذي ينشأ عن الخطبة ، أو الوعد
بالزواج ، إنما هو في الواقع - كما يقول فقهاء القانون الكنسي - التزام أخلاقي .
وإذا كانت هذه هي طبيعته ، فإنه لا ينبغي أن يجبر أحد الطرفين على تنفيذه ،
حتى ولو كان ذلك بطريق غير مباشر ؛ بل يجب أن يعطى لكل من الطرفين
كامل الحرية في العدول دون نظر إلى ما إذا كان لعدوله مبرر أم لا . وكل
ما هنالك أنه قد يكون هناك مجال للتعويض عن الأضرار ، إذا كان لهذا
ما يبرره طبقاً للقواعد العامة . بالنظر إلى الظروف التي يتم فيها العدول . فقد
يكون العدول دون مبرر ، لكنه لا يحدث بطريقة خاطئة وضارة بالنظر إلى
الظروف التي يتم فيها .

وهذا ما قضت به بعض الأحكام الأجنبية^(٢) ، وهو ما استقر عليه القضاء
عندنا ، كما سنرى فيما بعد .

(١) وهذا النص يقابل المادة ١٠١٧/٣ من القانون الكنسي الغربي وهي تنص صراحة
على أنه :

“ Aucune action pour demander la célébration du mariage n'est admise à la suite d'une promesse de mariage, même si celle-ci est valide et si aucune juste cause n'exécute de l'accomplir, seule est possible une action en réparation de dommage pour autant qu'elle est due ” .

(٢) أنظر حكماً من محكمة بروكسل في ٣١ ديسمبر ١٩٣٧ ، أشار إليه دي باج ،

ص ٦٤٠ هامش ٢ .

٩٠ مكر (٣) انتهاء الخطبة بالمدول والآثار التي تترتب على ذلك : على أنه إذا كان لكل من الطرفين حرية المدول على النحو السابق ، دون أية قيود ، فإنه يترتب على عدول أى منها أثره من حيث إنها الخطبة ، ويثار الكلام بعد ذلك عن الآثار التي تترتب على ذلك . وفي نظرنا يجب أن يفرق بين الآثار التي تترتب على المدول ذاته ، وبين الآثار التي تترتب بمناسبةه . وليس هنا مجال دراسة تلك الآثار دراسة تفصيلية . ولهذا نجتزئ القول في هذا المجال فنقرر أنه يترتب على المدول في ذاته - فضلا عن إنها الخطبة - عودة الطرفين - في الأصل - إلى وضعهما السابق ، ورد ما قدم من مهر أو هدايا ، دون تفرقة بين ما إذا كان للمدول مبرره أم لا . باعتبار أن مجرد الخطبة ، ومجرد المدول عنها ، لا يولدان حقاً على ما قدم من مهر أو هدايا . خاصة وأن هذا يتمشى مع التكليف الواجب الأخذ به من أن الخطبة ليست عقداً ملزماً . وأن المسؤولية عن المدول عنها ليست عقدية ، هذا فضلاً عن أنه يجب أن تفصل بين المهر والهدايا ، وبين ما قد يحدكم به من تعويض بمناسبة المدول عن الخطبة طبقاً للقواعد العامة ، إذ أن سبب التعويض يختلف عن سبب استحقاق المهر والهدايا ^(١) .

أما عن الآثار التي تترتب بمناسبة المدول ، فإنها تتمثل في تعويض ما قد يكون هنا لك من أضرار ناشئة عن أفعال مستقلة عن مجرد المدول ذاته ، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التصيرية وهو ما تنتقل إلى الكلام عنه في البند التالي .

٩٠ مكر (٤) - تعويض ما قد يكون هنا لك من أضرار بمناسبة المدول - أساس التعويض : إذا كان من الممكن المدول قبل انعقاد الزواج ، على النحو السابق ، فإنه يجب ألا تنأى عما هنالك من رباط أدبي بين الطرفين .

(١) اهتم إلا إذا أدخلنا في الاعتبار مقدار المهر والهدايا وخصتها بما قد يحكم به من تعويض . وهذه مسألة أخرى غير حق الخطب في استرداد المهر والهدايا .

وقد يحمل هذا أحد الطرفين - وبناء على ما يدوله من موقف الآخر - إلى القيام ببعض الاستعدادات ، وإتفاق بعض التمتع في سبيل الزواج . وتبعاً لهذا ، فإن من الجائز أن يتم المدول في ظروف يقع فيها الإضرار بالطرف الآخر . وبعبارة أخرى قد يرتكب من يعدل عن الخطبة خطأً بمناسبة ممارسته لحرية في المدول بالنظر إلى الظروف التي يتم فيها قد لا يتم في ظروف عادية . ومن هنا تولد فكرة المسؤولية التقصيرية على عاتق من ينهى الخطبة في مثل تلك الظروف التي قد يتسبب فيها ضرر للطرف الآخر . إذ ينبغي أن يربط في هذا المجال بين مبدأ حرية الزواج ، وبين مبدأ المسؤولية التقصيرية طبقاً للقواعد العامة ، وإنه ليعد تجاوزاً لمقتضيات النظام العام وحرية الزواج - كما قيل ^(١) - إذا مسمح للشخص تحت ستارهما ، بالتخلص من نتائج خطئه ، أو بالتخفيف من المسؤولية التي تقع على عاتقه ، طبقاً للقواعد العامة ، بالنظر إلى ما يقع منه من أفعال .

ولهذا استقر الرأي السائد فيها وقضاء على مساءلة من يعدل عن الخطبة ، إذا كان هذا المدول قد تم في ظروف تسبب عنها ضرر للطرف الآخر ، وكان هناك خطأ يعزى إلى من عدل ^(٢) . فأساس المسؤولية ليس في الخطبة ذاتها ، إذ أنها لا تلتزم من الناحية القانونية ، وبمجرد المدول عنها لا يكون بذاته مصدراً للحكم بالتعويض ^(٣) . ولكن المسؤولية تنتج من ظروف خارجية مستقلة عن واقعة المدول ذاتها ومكونة لخطأ موجب للتعويض عما قد يحدث من أضرار .

(١) دى باج ، السابق ، رقم ٥٧١ ص ٦٢٨ .

(٢) أنظر دى باج ، السابق ص ٦٢٨ هامش ٢ والأحكام التي جاءت به ، وكذلك التكملة ، جزء أول ص ٣١١ .

(٣) لأن هذا بعد اعتداء غير مباشر على حرية الزواج ، وهذا نقد يوجه إلى جعل المسؤولية عن المدول مسئولية عقدية .

فالمسئولية خارج النطاق التعاقدى . وهي مسئولية تصيرية . وفارق بين كل من المسئولين ^(١) .

٩١ - موقف القضاء من العدول عن الخطبة والتعويض : استقر القضاء

الفرنسى على أن المسئولية فى حالة العدول عن الخطبة لا تقوم على أساس العقد ، ولكنها قد تترتب إذا توافرت شروط المسئولية على أساس الفعل الضار ^(٢) . وحجر الأساس فى هذا الموضوع فى القضاء الفرنسى ، حكام صدر من محكمة النقض فى القرن الماضى ^(٣) وقد وضع الأساس الذى سار عليه القضاء الفرنسى والقضاء المصرى من بعده ^(٤) .

أما بالنسبة للقضاء المصرى ، فلم تستقر أحكام المحاكم منذ البداية على نحو قاطع فى هذا الصدد إذ يمكن القول أن قضاءها قد تردد بين اتجاهين أساسيين

(١) فى التفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التصيرية ، سواء من حيث الالتهام ، أو من حيث مقدار التعويض ومداه ، أو من حيث إمكان التعويض فى حالة المسئولية التصيرية ، حتى ولو لم يكن هناك وعد رسمى بالزواج ، أو من حيث استلزام الكتابة أو عدم استلزامها للالتهام ، أو من حيث الاختصاص ... أنظر : Weil فى موسوعة دالوز جزء ٤ سنة ١٩٥٤ تحت عبارة Promesses de mariage رقم ٣٢-٣٨ . وانظر كذلك : بلانول وريبير ورواست ، مذ ٢ سنة ١٩٥٢ جزء ٢ ، السابق رقم ٨٦ والاشارة فى هذا الصدد ، وكذلك : دى باج ، السابق رقم ٥٧٢ bis ص ٦٤٤ .

(٢) فإذا لم يكن هناك ضرر ، أيا كان ، ماديا أو أدبيا ، فإن المحاكم لا تقضى بالتعويض (أنظر محكمة السين فى ١٦ مارس سنة ١٩١٣ (١٩١٣ - I - 643 Gaz. Pal. 1913) . وأحكام المحاكم التى تقضى بالتعويض تستلزم جميعا توافر عناصر المسئولية من خطأ وضرر ورابطة سببية بينها .

(٣) فى ٣٠ مايو و ١١ يونيو ١٩٣٨ (١٩٣٨ - I - 494 ، 38 ، ٤٠) .

(٤) وأحكام القضاء الفرنسى - يؤيدها رأى الغالب فى الفقه - لازالت مستقرة على هذا الأساس . أنظر نقض مدنى فى ١٦ مارس ١٩٥٥ (1955 . j. 824 D. et S.) . وانظر كذلك حكما حديثا للمحكمة ذاتها فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٠ فى 1960 Bull. cass. 466 (1960 Bull. cass. 466) . وانظر أحكاما حديثة أخرى من القضاء الفرنسى أشرنا إليها فى بحثنا عن الطيعة القانونية للخطبة ص ١٤ هامش ٣ .

أحدهما يرفض التعويض في حالة العدول عن الخطبة، والآخر يحكم به طبقاً للتواعد العامة في المسؤولية القصيرية . وهذا الاتجاه الأخير هو الذى انتهت إليه محكمة النقض ، وهو الاتجاه السائد الآن .

أما عن الاتجاه الأول ، فقد انجبت إليه بعض أحكام استئنافية . ويدوم استعراضها بصفة عامة أنها ترفض الحكم بالتعويض حتى ولو كانت هناك أضرار مادية باعتبار أن العدول عن الخطبة من المباحات ، وبالتالي لا مجال للحكم بالتعويض .

وفي حكم لمحكمة استئناف مصر ^(١) استعرضت المحكمة أحكام الشريعة الإسلامية وأنها تجيز للخاطب أن يعدل عن خطبته ولا يتحمل في هذا العدول أية مسئولية ، فضلاً عن حقه في استرداد المهر والهدايا ^(٢) ، وانتهى من ذلك إلى أن العدول أمر مباح ، فلا سبيل إذن إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل مشروع ، لاسيما وأن الشريعة الإسلامية لم تحمل الزوج الذى يطلق قبل الدخول إلخسارة نصف المهر الذى دفعه ؛ فكيف إذن يحمل الخاطب أضعاف ذلك ؟ واستبعدت المحكمة الحكم بالتعويض عن الخسارة المادية في إعداد الجهاز ، إذ أن الزوجة على أية حال « كانت مجازفة قانوناً بأعدادده ، وأما شرعاً فما كان عليها إلزام بالجهاز » . كما استبعدت المحكمة كذلك الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي مقررته أن « بحثه يقتضى التدخل في أدق الشؤون الشخصية ، والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس ، وهي تسم كل الاحتمالات . وفيها مجال للاعتذار الوجيبه التى

(١) فى ٢٣ مايو ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ . وانظر قبل ذلك حكمها فى ٥ يناير ١٩٢٤ المحاماة س ٥ رقم ٢٨٧ ص ٣٢٤ .

(٢) أشار المحكم فى هذا الصدد إلى المادة ١١٠ من أحكام الأحوال الشخصية لقدرى باشا والتي تنص على حق الخاطب فى استرداد المهر والهدايا .

تقدم في سبيل قران شخص بأخرى ، فليس إذن من الانصاف ولا من الحكمة أن يفتح هذا الباب لتأويلات الخصوم وقضاء الحاكم . ؛ على أنه اذا كانت المحكمة في الحكم السابق قد بينت حق الخاطب في المدول ، وأنه لالوم عليه اذا استعمل هذا الحق ، فانه لا تثيرب عليها في ذلك . ولكن اذا كانت قد رفضت الحكم بالتعويض سواء عن الضرر المادى أم عن الضرر الأدينى ، طبقا لما جاء في الحكم ، إلا أنها لم تبحث ما اذا كان الخاطب قد ارتكب خطأ أم لا ، وأن الاضرار التى ترتبت إنما نشأت بخطئه . ولهذا لا يمكن الاستناد الى الحكم السابق للقول بأن المحكمة رفضت الأخذ بالمسئولية التقصيرية في هذا المجال . إذ يلزم القضاء بالتعويض في مثل هذه الحالة أن يثبت خطأ فى جانب من يعدل . فلا تبرة بالضرر الذى ينتج عن مجرد المدول ، وهو ما أخذت به المحكمة وقرها عليه ، ولكن العبرة بالضرر الذى ينتج عن أفعال مستقلة عن المدول في ذاته ، وهو ما قوم عليه المسئولية التقصيرية . ولم يتعرض له الحكم ، ولهذا لا يمكن القول بأن المحكمة رفضت الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية (١) .

وخلافا للأحكام السابقة نجد ههنا حكما من المحكمة نفسها (٢) يعرض للمسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وينتهى إلى عدم إعمال أحكامهما في حالة المدول . عن الخطبة بصفة مطلقة . الا أن الأساس الذى استند إليه الحكم في عدم إعمال أحكام المسئولية أساس غير سليم . إذ يعد أن بين أن حق المدول من الحقوق المطلقة ،

(١) وقريب من حكم استئناف مصر فى ٢٤ مايو ١٩٢٦ حكم آخر للمحكمة ذاتها فى ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحامد س ١٢ رقم ٤٢٢ ص ٨٥٥ ، يبدو أنه يتعرض للمسئولية العقدية فقط وينى الاستناد إليها . ولم يتعرض للمسئولية التقصيرية ، ولهذا لا يمكن الاستناد إليه كذلك فى نقي المسئولية التقصيرية وعدم الأخذ بها فى هذا الصدد .

(٢) استئناف مصر ٢٠ يونيو ١٩٣٠ المحامد س ١١ رقم ٣١٤ ص ٦٢٦ .

وأن حرية الزواج تقتضى عدم التقيّد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات ، قرّر
أن إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لأية مسئولية قضائية ، سواء كانت عقدية
أم تقصيرية ، ذلك — كما جاء فى الحكم — أن أحكام المسئولية التقصيرية
« لا تختلف عن أحكام المسئولية التعاقدية من حيث الجوهر . إذ أن أساس
التضمينات فى كليهما مترتب على الإخلال بالواجبات القانونية . والحد الفارق
بينهما فى هذه النقطة أن الواجبات فى الحالة الأولى مقررّة بمقتضى القوانين الجنائية
أو غيرها من القوانين الوضعية ، بينما هى مقررّة فى الحالة الثانية بمقتضى الشروط
أو الاتفاقات المتبرّرة قانوناً . وبهذا التقيّد الذى لم يختلف أحد فى صحته ، يصبح
إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لأية مسئولية قضائية ، إذ أنه واقع على واجبات
مبناها القوانين الأخلاقية والأدبية فقط » . هذا هو ما قرّره المحكمة . والواقع
أنه إن صح بالنسبة للمسئولية العقدية ، وهو ما نوافق على ما جاء به ، فإنه لا يصبح
بالنسبة للمسئولية التقصيرية - إذ يمكن أن يكون إخلال الخاطب بخطبته مرتباً
لمسئولية تقصيرية ، إذا كان الخاطب قد أضر بالآخر ، ويكون بذلك قد أخل
بالواجب القانونى العام وهو عدم الإضرار بالغير ، وبالتالي لا يكون الحكم سليماً
فى نفيه الاستناد إلى المسئولية التقصيرية بصفة مطلقة ، ولهذا لا يمكن الاستناد إليه
فى إنكار التعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

ويراعى أنه من بين أحكام الطائفة الأولى التى ترفض الحكم بالتعويض
ما يستند فى ذلك إلى فكرة بطلان الوعد بالزواج ، وبطلان كل شرط جزائى
متصل به ^(١) .

(١) أنظر من بين هذه الطائفة من الأحكام : الرقازيق الكلية (حكم استثنائى) فى
٣ نوفمبر ١٩٢٤ - المجموعة الرسمية س ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٢٢ ... وانظر بصفة عامة بالنسبة
لفكرة بطلان الوعد بالزواج للمؤلف : الطبعة القانونية للخطابة ، رقم ٢٧ وما بعدها
ص ٩٤ وما بعدها .

أما عن الاتجاه الثاني : فإننا نجد أحكاماً كثيرة تقضى بالتعويض في حالة المدول عن الخطبة . وإذا كانت هذه المحاكم تقرر مبدأ الحكم بالتعويض ، إلا أنها لا تنفق في سبيلها إلى ذلك . فمنها ما يبدو أنه يأخذ بفكرة التعويض استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية التصيرية ، ويستلزم توافر شروطها ، وبصفة خاصة توافر الخطأ في جانب من عدل^(١) ، ولكن منها ما يشير إلى إساءة استعمال الحق في المدول^(٢) ، ومنها ما يقرر أن الخطبة عقد ملزم^(٣) ومنها ما يموض عن الضرر المادي^(٤) ، ومنها ما يموض عن الضرر المادي والأدبي^(٥) ، وكل هذا يكشف عن عدم تجانسها .

وعلى العكس من ذلك يبدو أن قضاء المحاكم المختلطة في هذا كان أكثر تجانساً . وقد جاء في أحد أحكامها إن « حرية المدول التي هي حق من وعد لا يجوز

(١) من ذلك حكم اليوم الجزئية ٣٠ نوفمبر ١٩٢٩ محاماة س ١١ رقم ١١٠ ص ١٨١ حيث يقرر أنه إذا كان في المدول ما جعل أحد الطرفين ضرراً مادياً كان أو أدياً بسبب خطأ وقع ممن عدل في حق الآخر ، فإن المسؤولية تترتب .

(٢) أنظر الاسكندرية الأهلية في ٢٤ نوفمبر ١٩٣٠ محاماة س ١١ رقم ٤٣٦ ص ٨٤٣ ، وكذلك استئناف مصر في ٣٠ يونيو ١٩٣١ محاماة س ١٢ رقم ٣٦٧ ص ٥٢٩ . وانظر للمؤلف : الطبيعة القانونية للخطبة رقم ٢٣ ص ٤٣ بالنسبة للأحكام التي تشير إلى إساءة استعمال الحق .

(٣) الاسكندرية الابتدائية في ٢٩ نوفمبر ١٩٤٨ محاماة س ٢٨ رقم ٤٣٥ ص ١٠٥٧ . أنظر الطبيعة القانونية للخطبة ، السابق رقم ١٧ ص ٣٢ في نقد الأحكام التي تقيم المسؤولية على أساس العقد .

(٤) أنظر محكمة الاستئناف في ٣٩ مايو ١٩٠٦ المجموعة الرسمية س ٨ عدد ٣٨ ص ٧٧ (بين غير مسلمين) .

(٥) أنظر على سبيل المثال : استئناف مصر ٢٩ نوفمبر ١٩٣٥ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ ، وفي المحاماة س ٦ رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥ (بين غير مسلمين) . وكذلك قنا الجزئية في ٩ مارس ١٩٣٣ المحاماة س ١٣ رقم ٥٧٦ ص ١١٥٤ . وكذلك حكم اليوم الجزئية سالف الذكر .

حصولها في أحوال قد تضر بالطرف الآخر ، كحالة ما إذا ترتب على الخطبة تكاليف ومصاريف من أجل الزواج الموعود به ، كما أن مدة الخطبة وذويها والظروف التي أحاطت بها والمدول عن الزواج وما اكتسبه من أمور كل هذا كان من شأنه الاضرار بهذا الطرف ماديا أو أدبيا «^(١) . وهذا القضا . متأثر بصورة واضحة بالقضاء الفرنسي . ولذا كانت أحكامه متجانسة في مجموعها .

وقد انتهى الأمر عندنا إلى تدخل محكمة التقض في هذا الموضوع ، وأقرت الوضع الذي يتجه إلى جعل المسؤولية في حالة إنهاء الخطبة بالمدول عنها ، مسؤولية تقصيرية ، وذلك طبقا لما استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسي في هذا الموضوع .

وفي حكم أول^(٢) أوضحت المحكمة أن الخطبة ليست عقداً ، وأنها لا تقيد طرفيها ، وأن مجرد المدول لا يربط مسؤولية أى منها ، ما لم تقترب به أفعال مستقلة . وفي هذه الحالة يحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية متى توافرت شروطها . وقد جاء في الحكم : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين ، فكل منهما أن يعدل عنه في أى وقت شاء ؛ خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدان كامل

(١) استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ ، البلتان عدد ٤٨ ص ٣٢ . وجاء في حكم آخر (بورسيد الجزئية ٦ نوفمبر ١٩٢٠ جازيت ١٩٢٠ عدد ١١ ص ٢٥ رقم ٤٣) « إن إنهاء الوعد بالزواج لا يحول الحق في التعويض إلا إذا صاحبه ظروف خاصة تجعل منه خطأ موجبا لتعويض بالنسبة للمطالب المتروك ، وساملة فاعله طبقا لقاعدة ٢١٢ مدنى (وهي الخاصة بالمسؤولية التقصيرية) . أنظر أيضا : استئناف مختلط في ٧ مايو ١٩٠٨ ، بلتان عدد ٢٠ ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٢) تقضى في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ طين رقم ١٣ ص ٩ ق مجموعة عمر جزء ٣ رقم ١٤ ص ٢٠ ، والمحملة ٢٠ رقم ٢٩٣ ص ٧٦٠ .

الحرية في مباشرته ، لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع . وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنها مجرد وعد فعدول . قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنها استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها في حد ذاتها - بعض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتضمين » .

هذا هو ما قضت به محكمة النقض ، وقضاؤها في هذا الصدد قضاء سليم ، ينبغي النظر إليه بعين الاعتبار ، سواء تعلق الأمر بالخطبة بين المسلمين أو بين غير المسلمين ، إذ في جميع الأحوال لا تعتبر الخطبة عقداً ملزماً ، وللافتراء الحرية التامة في العدول عنها ، ولا مسئولية إطلاقاً على مجرد العدول ، بل ولا يلزم من صدر منه العدول بتبريره . ويبدو أن الأحكام الحديثة للمحاكم ، - والثالية على صدور حكم النقض سالف الذكر ، قد تأثرت بهذا الاتجاه الواضح . لمحكمة العليا ، فأبرزت كل الأمور السابقة ، وجعلت المسئولية تقوم على أساس الفعل الضار ، مع استبعاد الأسس الأخرى التي تقوم عليها المسئولية ، فقضت بأن « الوعد بالزواج ، أو الخطبة - وهما سواء في نظر القانون الوضعي - ... لا تترتب عليه أية قوة ملزمة . وذلك طبقاً للرأى السائد في الفقه والقضاء في فرنسا ، والذي استقرت عليه أخيراً أحكام القضاء في مصر . ويترتب على ذلك إباحة العدول عنه لكل من طرفيه في أي وقت ، دون أن يلزم الطرف الذي صدر عنه العدول بتبريره ، ولا يكون للطرف الآخر المطالبة بتعويض إلا إذا أثبت قيام خطأ مستقل عن مجرد فعل العدول ، وضرر مستقل أيضاً عن الضرر

والذي يترتب حتماً على كل عدول . وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية قصصية ، أو فعلية أساسها الفعل الضار . دون القصد ، ودون إساءة استعمال الحق » .

فإذا كان الثابت في وقائع الدعوى أن المدعى عليه وعد المدعية بالزواج ، ثم نكل عن وعده ، دون أن يصدر منه أكثر من فعل العدول ، ودون أن يلحقها ضرر أكثر مما ينشأ عادة لمن في مثل موقفها ، لم يكن لها أن تطالب بتعويض ، حتى ولو كان المدعى عليه قد تعهد في وعده الكتابي لها بالزواج . يدفع هذا التعويض في حالة النكول ... » (١) .

ويدون الأحكام الحديثة التي تطبق شرائع غير المسلمين تنجى إلى هذه الوجهة . من حيث النظر إلى العدول عن الخطبة (٢) . وهو ما انتهت محكمة النقض ، حديثاً إلى تأييده . في حكم لها بين غير المسلمين (٣) .

(١) بنها الابتدائية في ١٦ ملوس ١٩٥٥ - المحاماة ص ٣٦ رقم ١٩٥ ص ٤١٥ .
(٢) من ذلك ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية حيث قررت أن قانون الإبطاء لا retrocedit . يجوز لأى من الخطيبين العدول عن الخطبة ولأن الخطبة ماهى إلا مجرد وعد بالزواج ولا تكون عقداً له ، بل لابد من وجود القصد الشرعى حتى توجد رابطة الزوجية . والخطبة ترغيب فى الزواج وحيث أنه يجوز لكل من المخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة ولا بلاعتر ، ولأن ذلك غير مدح شرطاً . وقضت المحكمة بفسخ الخطبة بين الطرفين . الحكم فى القضية ١٢٥٧ فى ٢٢ - ٤ - ١٩٥٦ . مشار إليه فى إلهاب اسماعيل : شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية ، ١٩٥٧ ص ١٤٧) .

(٣) جلسة ٢٨ أبريل ١٩٦٠ طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٢٥ القضائية ، بمجموعة المكسب . الفنى ، ص ١١ العدد ٢ رقم ٥٥ ص ٣٥٩ . وتحصل الظروف التي صدر فيها الحكم فى أن الحكم المأمون فيه كان قد قرر أن السبب فى فسخ الخطبة هو إختلاف الطاعن فى الحصول من والد خطيبته على حصتها فى الميراث ، وأن عدوله عن الزواج عدول طائش لم يكن لمسوغ . يقتضيه ، ورتبت على ذلك مسؤوليته . بالتعويض . طعن المخاطب فى هذا الحكم بالنقض واستند فى أسباب الطعن إلى أن الحكم الطعن فيه قد أخطأ فى القانون ، ذلك أن فسخ الخطبة فى ذاته =

وقد وضعت محكمتنا العليا في هذا الحكم حداً لما يمكن أن يشار حول موضوع المدول عن الخطبة ، وبصفة خاصة بالنسبة لاستزام المبرر في المدول ، وبالنسبة للأساس القانوني الذي يقوم عليه التمييز بسبب المدول .

فالمدول عن الخطبة في حد ذاته لا يعتبر خطأ ، ولا يعد بذاته سبباً للحكم على التاكل بالتعويض أو سبباً في ضياع ما قدم من مهر أو هدايا . وهو يعد كذلك حتى ولو كان « عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه » . كما جاء في الحكم المذكور . أي أن المدول ، حتى ولو بدون مهر ، أو بدون مقتض ، لا يعد خطأ . ولهذا لا ينبغي أن نربط بين انعدام المبرر في المدول وبين الخطأ ، والقول بأن المدول بدون مهر إنما هو عدول خاطئ . ذلك أن الخطأ ، كما ترى المحكمة ، لا ينشأ إلا من أفعال تعد كذلك في ذاتها ومستقلة عن المدول

== لا يستوجب التعويض إلا إذا لازمت أفعال مستقلة عنه استقلالاً تاماً ينتج عنها ضرر مادي ، أو أدبي للطرف الآخر ، وأضاف الطاعن أن السبب الذي نسبته إليه محكمة الموضوع ، باعتباره سبباً للمدول عن الزواج ، لا يوجب مساوئته ، إذ ليس ثمة خطأ في أن يرغب خطيب في الاطمئنان على مركز خطيبته المالي ، وسواء وصف عدول الطاعن عن الزواج بأنه عدول طائش أو غير طائش ، فهو سبب لاحق بالمدول ذاته ، وليس مستقلاً عنه ، فلا يؤدي إلى مسئولية الطاعن ، والحكم للمطعون عليها بتعويض .

وبعد استعراض هذه الأسباب التي استند إليها الطاعن قررت المحكمة أنه « يتعين للحكم بالتعويض بسبب المدول من الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية ، بأن يكون هذا المدول قد لازمت أفعال خاطئة في ذاتها ، ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ، ومنسوبة لأحد الطرفين ، وأن ينتج عن ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر . فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءً بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة ، على ماورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طلمه في مال والد خطيبته لرفضه أن ينحس ابنته بتضييعها في ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب ، عدولا طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه ، ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض . ولكن سبب المدول على هذا النحو لا صفاً بالمدول ذاته ، وبجردها عن أي فعل خاطئ مستقل عنه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون حيثئذ قد أخطأ في القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض » .

استقلالاً تاماً ، ومنسوبة لأحد الطرفين . ولما كان سبب العدول - كما يقول المحكمة - لاحقاً به ، ومجرداً عن أى فعل خاطئ . مستقل عنه ، فإن العدول الذى وصفته محكمة الموضوع بأنه « عدول طائش ليس له مسوغ يقتضيه » لا يمد عدولاً خاطئاً ، ولا ترتب عليه أية نتائج من حيث القضاء بالتعويض ، وإن كان يرتب أثره من حيث إنهاء الخطبة ، بطبيعة الحال .

وإذا كانت المحكمة لم تعتبر العدول على النحو السابق ، ولو كان بدون مسوغ يقتضيه ، عدولاً خاطئاً ، فإنها لم تعتبره كذلك تمسفاً فى استعمال الحق ، وبالتالي لم ترتب عليه نتائج التعسف .

وقد فصلت محكمة النقض بصورة واضحة فى الأساس القانونى الذى يقوم عليه التمييز فى حالة العدول عن الخطبة وبصفة خاصة لدى غير المسلمين فى الشريعة المسيحية . فقد قررت فى صورة لا تحتمل الشك أن التمييز فى حالة العدول لا يقوم على أساس العقد ، وإنما لشي يقتضى به يجب أن توافر شرائط المسؤولية التصيرية ، بأن يكون العدول « قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ، ومنسوبة لأحد الطرفين ، وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر » .

وبهذا يمكن القول بأن العدول لا يمد بذاته خطأ ، حتى ولو لم يكن له مبرر وأنه لا يمكن أن يقام التمييز بسبب هذا العدول فقط . ولا يمكن أن يحكم به إلا إذا توافرت شروط المسؤولية التصيرية ، متى وجدت أفعال خاطئة فى ذاتها من أحد الخاطئين وكان هناك ضرر ورابطة سببية بينهما . وهذا يستتبع القول بأنه لا ينبغي أن يفتقد من عدل عن الخطبة ما قدم من مهر أو هدايا ، كما تقتضى بذلك بعض شرائع غير المسلمين . بل يكون له استردادها فى الأصل ، حتى لا يثرى الآخر على حسابها دون سبب مشروع .

٩١ مكرر - **تأييد الفقه للاتجاه السابق** : على أن الأساس السابق الذي استقرت عليه أحكام محكمة النقض عندنا ، وتؤيده أحكام المحاكم الأخرى في مجموعها على ما بينا . هو الذي يقره الفقه السائد عندنا كذلك ، سواء في ظل أحكام الشريعة الإسلامية أم في ظل أحكام الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين ، إذ أن طبيعة الخطبة ، أو الوعد بالزواج ، لا تختلف في الحالتين ^(١) ، وسواء وصفت بأنها عقد ، أم بأنها وعد بالزواج .

ففي ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، إذا كان الفقهاء يقرّون المدول عن الخطبة ، ولا يميزون الحكم بالتعويض لمجرد حصوله ^(٢) ، إلا أنهم يرون أنه إذا وقع بمناسبة هذا المدول ضرر نتيجة تقرير من عدل فانه يسأل ^(٣) ، كما إذا تسبب الخاطب في أضرار نزلت بالخطوبة ، كأن يطلب نوعاً من الجواز ، أو تطلب هي إعداد المسكن ، ثم يكون المدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل ، غير مجرد الخطبة والمدول ، فيعوض ؛ إذ للخاطب هنا دخل في حدوثه . والضرر يزال في الشريعة الإسلامية ، إذ لا ضرر ولا ضرار ^(٤) .

(١) مع مراعاة أن الخطبة التي تنصدها لدى غير المسلمين ، ليست هي الخطبة على المعنى الذي يصرها إليه بعض الطوائف من المسيحيين أو اليهود ، باعتبارها مرحلة أولى من الزواج ، والتي لا يمكن التحلل منها إلا للأسباب التي إباح فيها التطليق ، لأن معنى الخطبة لا ينصرف عادة إلى هذا النوع في الوقت الحاضر ، كما قدمنا .

(٢) أنظر في تبرير ذلك : محمد أبو زهرة عقد الزواج وآثاره ، معهد الدراسات العربية السابق ص ٦٠ وما بعدها وخاصة ص ٦٦ .

(٣) أبو زهرة المرجع المشار إليه بالهامش السابق رقم ٧٣ ص ٦٦ . وكذلك محمد يوسف موسى . السابق رقم ٦٠ ص ٥٢-٥٣ .

(٤) أبو زهرة المرجع المشار إليه بالهامش السابق رقم ٧٣ ، وكذلك : محمد يوسف موسى ،

السابق رقم ٥٤ ، ص ٤٩ . وانظر كذلك للوآلف الطبيعة القانونية للخطبة ، السابق ، رقم ٥٢ ص ١٣٥ .

وهذا هو ما أقره فقهاء القانون المدني في صدد الكلام عن أحكام المسؤولية ،
فالخطبة كما قيل ، ليست عقداً ملزماً ، وأن مجرد المدول عنها لا يكون سبباً
موجباً للتعويض ، ولكن إذا اقترن بالمدول عنها أفعال أخرى ألحقت ضرراً
بأحد الخطيئين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية^(١) .

وهو ما أقره الفقه كذلك في صدد الكلام عن الخطبة لدى غير المسلمين .
وإذا كان البعض من الفقهاء في صدد الكلام عن الخطبة في الشريعة المسيحية ،
قد حاول أن يقيم المسؤولية التي تترتب في حالة المدول على أساس القصد ، فإن
هذا الرأي لم يكتب له التأيد ، وانتهت محكمة النقض عندنا إلى عدم الأخذ به
كما قدما^(٢) .

هذا هو أساس التعويض في حالة المدول عن الخطبة ، طبقاً لما يقره الفقه ،
وعم ذلك ، فإنه يمكن أن نضيف إلى ما سبق مسألة أخرى قد يساء تأويلها
بالنسبة للتعويض في حالة المدول عن الخطبة . ذلك أن جعل التعويض هنا يقوم
على أساس المسؤولية التقصيرية يختلف تماماً عنه في حالة إقامته على أساس المسؤولية
العقدية ، أو على أساس الشرط الجزائي ، لأنه سيجبنا ما يخشاه الفقه والقضاء
من أن استهداف أى من الخاطئين للحكم عليه بالتعويضات فيه اعتداء على
ما لكيها من الحرية المطلقة في إبرام الزواج . إذ الواقع أنه إذا كان ينبغي أن

(١) أنظر في هذا : الشهورى ، الوسيط جزء أول ، مصادر الالتزام ، بند رقم ٥٥٠ ص ٨٢٧ وما بعدها ، وأنظر كذلك : منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ، المرجع السابق فقرة ٥٤ ص ١٩٦-١٩٧ .

(٢) أنظر فيما سبق بند ٩٠ وجيل الشرفاوى ، الأحوال الشخصية لدى المسلمين الوطنيين والأجانب ، الكتاب الأول ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ١٠٨ وما بعدها . وأحد سلامة ،
الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ بند ٢٠٦-٢٠٧ .

نوفر لكل من الخاطئين الحرية اللازمة في المدول ، فالأمر يقتضى ألا نضع القيود عن أى منها في هذا الصدد ، سواء كانت ذلك عن طريق افتراض الخطأ من مجرد المدول في حالة المسؤولية المقدية ، أم عن طريق تقديم مقدم من مهر أو هدايا ، وقد تكون ذات قيمة كبيرة ، كما هو الأمر بالنسبة للنصوص التى أوردتها كثير من القواعد الخاصة بغير المسلمين ، أم عن طريق شرط جزائى . أما إذا جلتا المسؤولية تقوم طبقا للقاعدة العامة التى تقضى بأن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ، فإن الأمر يختلف عما سبق . إذ لاضير من أعمال القواعد العامة والحكم بالتعويض على من نكل عن الخطية متى كان قد صدر منه خطأ ، وتسبب بخطئه في الاضرار بالطرف الآخر ، ومتى كان خطؤه بعيدا عن مجرد المدول في ذاته . وبصرف النظر عن وجود مهر لمدوله أو عدم وجود هذا المهر ^(١) .

٩٢ - الأنواع للتصل بالخطية : وقد عالج فقهاء القانون الكنسى مسألة أخرى تتصل بالخطية ويتولد عنها بعض الالتزامات ، وهى مسألة الاتصال الجنسى بالخطوبة بمناسبة الخطبة . والأصل عندهم أن مجرد الاتصال الجنسى وحده لا يلزم بالزواج ، حتى ولو في حالة الاغتصاب ، ويكفى في هذه الحالة أن يقوم الممتدى باصلاح الضرر الذى وقع بطريقة أخرى ، كدفع بائنة (دوطة) طبقا للمثل اللاتينى الذى يقضى « duc vel dota » ^(٢) . أما إذا كان هناك

(١) وقد تصور في هذا الصدد أن تصدر من أحد الطرفين أفعال تد خطا وتسبب ضررا للغير ، ثم يعود بعد ذلك فيمدل ، وقد يكون لمدوله ما يبرره ، ومع ذلك فإن عدوله إذا كان ينهى الخطبة في هذه الحالة ، لا يفيه من المسؤولية من خطئه ، لأن هذا الخطأ مستقل عن المدول .
(٢) وفى الصيغة الاسلامية : « لو أزال بكارة امرأة بمجر أو غيره ، يجب عليه المهر » كافي الجنابات ، من الخلاصة (مجمع الفهائات لأبى محمد بن غانم بن محمد البندادى - طبعة ١ . المطبعة الخيرية ١٣٠٨ هـ ١٩٤٦ م) .

وعد بالزواج أعقبه اتصال جنسى بين الطرفين ، وكانت الفتاة عذراء طاهرة :
السمة ، فانه يمكن القول فى هذه الحالة إن الواعد يلتزم . فاذا كانت الفتاة قد
أسلمت نفسها بسبب الوعد بالزواج وتحت تأثير إغراء أن من وعدها واتصل بها
اتصالا جنسيا سيصون عرضها فى المستقبل عن طريق الزواج بها ، وكان الوعد
جديا ، قام هناك التزام بإبرام الزواج كما يقول الفقهاء الكنسيون ، حتى ولو كان
العقد فى الفرض الذى نحن بصدده قد اتصل به شرط مناف للآداب أو كان
محله أيضا منافيا للآداب^(١) . والظاهر أن قضاء القانون الكنسى يتشددون فى
هذه الحالة بإلزام المستدى بالزواج بن كانت ضحية له ، حتى ولو لم تتوافر
الكفاءة بين الطرفين^(٢) .

وقد جاء فى المسألة الماشرة من الخلاصة القانونية « أنه إذا أغصبت بكر
من إنسان ، ووقع بها قهرا أو اختيارا ، فان كانت مخطوبة لآخر وارتضى بها ،
فهو أولى بزيجتها . وإن لم يرتض خطيبها أو كانت غير مخطوبة من أحد ألزم غاصيا
بزيجتها ؛ إن لم يكن متزوجا . بحيث يرضى به أهلها . فان لم يتزوجها ، سواء كان
المانع من جهة عدم رضا أهلها به أو كان بالنسبة لكونه متزوجا ، يلتزم
بأن يؤدى لها قيمة مهر أمثالها » . ويلتزم الغاصب بتعويض للفتاة ؛
وكذلك الحال إذا خدعها بأية كيفية كانت ، سواء كان بوعده
لها بالزواج أو بتخدير حواسها بمخدر يفتدها الشعور أو غير ذلك ، فانه

(١) أنظر De Smet ، السابق ص ٢٠ بالمقامس .

(٢) بل حتى « ولو كانت سبعة فقيرة » ، كما جاء فى شرح الخلاصة القانونية لجرجس .
فيلوثاؤس عوض « المرجع السابق » ص ٢٨ هامش ١ ، وابن الصال « السابق »
ص ١٩٩ بالمقامس .

يلتزم أن يتزوجها إذا كان أعزب ، إن ارتضى أهلها . هذا بطبيعة الحال مع مراعاة أحكام قانون العقوبات ^(١) .

وقد عرض الأمر على المحاكم المختلطة فقررت أن فسخ الخطبة لا يعطى في الأصل إلا حقا في التعويض عن الضرر المادي ، ولكن إذا سبقه استنواء (Séduction) فإنه يعطى حقا في التعويض الأدبي ، وذلك متى كان الوعد بالزواج قد قصد من ورائه استنواء الطرف الآخر ، وأن الاتصال الجنسي بين الطرفين قد تم بسبب هذا الوعد ^(٢) .

وقد أدخلت المحاكم في اعتبارها عند تقدير التعويض اعتبارات متعددة ؛ من ذلك مثلا أنها لم تقض بالتعويض لا عن الضرر المادي ولا عن الضرر الأدبي إذا كان الخاطبان قد استسلما معا للضعف الجنسي ، حتى ولو كان هناك مشروع للزواج لم يتم ، فإذا كانت العلاقات بين الطرفين « نتيجة لميل متبادل واندفاع في الشهوة لم تضبطه الإرادة إذ يكون هناك خطأ مشترك لا يترتب عليه الحق في أى تعويض ، سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، ولو حصل وعد بالزواج في خلال فترة المعاشرة ^(٣) » .

كما أن المحاكم لم تدخل الاغواء في الاعتبار وتجعل منه سببا للتعويض إلا

(١) جرجس فيلوتاؤس عوض في تعليقه على المسألة العاشرة من الخلاصة القانونية ، المرجع السابق ، ص ٢٨ هامش ٢ ، وابن الصال ، السابق ، ص ١٩٩ .

(٢) أنظر استئناف مختلط في ٢ مارس ١٩٣٢ ، البلتان ٣٤ ص ٣١٤ ، ١٢ يناير ١٩٢٨ ، البلتان ٤٠ ص ١٣٤ ، ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ ، المجازات ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ ، ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ ، البلتان ٤٢ ص ٣٠٧ .

(٣) أنظر استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ بمجلة المحاماة ص ٨ رقم ٧٠ ص ١١١ والبلتان ص ٣٧ ص ٨٤ .

إذا اصطحب بالنش والخدمة أو اقترن بضغط أدبي . ويدخل في تقدير التعويض ما إذا كانت ضحية الاغواء في سن تسمح لها بتدبير المواقف ^(١) .

٩٣ - انقضاء الخطبة : لا جدال في أن الخطبة تنقضى ، كما قدمنا بالمدول . عنها إذ أنها عقد غير لازم . وتقضى مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس ^(٢) بأنه يجوز لكل من الخطيبين المدول عن الخطبة ، ويثبت المدول في محضر يحرره الكاهن ويؤشر بمقتضاه على عقد الخطبة . ويقوم الكاهن باخطار الطرف الآخر بهذا المدول . وإذا كانت الخطبة تنتهى بالمدول ، فإن هناك أسباباً أخرى تقضى بها ، ومن أهم هذه الأسباب :

(١) رضا الطرفين المتبادل : تنقضى الخطبة إذا اتفق الطرفان على ذلك ، شأنها في ذلك شأن سائر الاتفاقات الأخرى . فكل من الطرفين وعد وقبل . وعد الطرف الآخر . فيستطيع بعد ذلك أن يرتد عن وعده ويتحلل بذلك من التزامه متى رضى الطرف الآخر ^(٣) .

(٢) إذا طرأ بعد الخطبة حدث جديد ، بحيث لو علم به أحد الطرفين لمنعه .

(١) استئناف مختلط ، في ٢٩ يناير ١٩٤٦ ، المجازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ . وكذلك ١٢ ديسمبر ١٩٤٤ البتلان ٧ ص ٣٨ .

وانظر كذلك حكماً في هذا المعنى من محكمة السين الاستئنافية في ١٩ ديسمبر ١٩٢٨ منشور بالأمانة ص ٩ رقم ٥٥٩ ص ١٠٢٥ وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن « الاغواء لا يكون أساساً لمطالبة من صدر منه بالتعويض إلا إذا استعمل وسائل غير مشروعة كالطرق الاحتيالية أو الاستمانة بالتفوذ الشخصى أو الوعد بالخطبة أو الزواج » .

(٢) في المادة ١١ وانظر كذلك المادة ١٢ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) وهذا ما تنص عليه مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس في المادة ١٢ حيث تجيز الرجوع في الخطبة « باتفاق الطرفين » . وكذلك المادة ٤٩ (خامساً) من مجموعة السريان حيث تجلر من بين أسباب فسخ الخطبة التراضي .

من الخطبة : فقد يحدث أن يكشف أحد الخطابين أنه وقع في غلط أو أنه قد ضل عليه فيما يتعلق بشخص الطرف الآخر في موضوع له أهميته بحيث لو علم حقيقة الأمر ما أقدم على الخطبة .

ثم إن الخطبة قد تتم عن بينة وعلم بحالة الآخر لكن الوضع يتغير ، بحيث أنه لو كان كذلك من قبل لما تمت قطعا . في مثل تلك الحالات يكون للخطاب أن يتحرر من وعده . وإذا كانت الشهامة تقتضى منه الإبقاء على الخطبة ، إلا أنه من العسير التأكد من الإبقاء على ذلك طوال الحياة الزوجية ، وخاصة إذا كان التغير ينشأ عن أن الزواج سيكون غير موفق ، أو أن الاخلاص بين الزوجين سيكون أمراً غير محقق . ومن ذلك مثلاً حالة سوء السمعة ، وزوال البكارة والمداواة الكلية بين عائلتي الخطابين أو بين الخطابين فسهما ، أو العقم الطارئ ، على أثر عملية جراحية ، أو الحمل من شخص آخر ، أو مرض من الأمراض المعدية أو الأمراض السرية أو السل . إلى غير ذلك .

ويمكن إنهاء الخطبة في هذه الحالة متى كان أحد هذه الأمور قد طرأ بعد الخطبة ، أو كان موجودا ومستترا قبلها ثم اتضح فيما بعد ، كما إذا اعتقد الخطاب ، أو كان يعتقد أن المخطوبة شريرة الاصل أو غنية مثلاً ، وظهر له فيما بعد أنها ليست كذلك^(١) .

(١) ينظر في هذا الموضوع : De Smet ، السابق ص ٢٩ إلى ٣٢ ، - وكذلك فيليب جلاذ ، المادة ٨ من القواعد الخاصة بالكاتوليك جزء . ص ٣٤٨ .
والواقع أن انقضاء الخطبة في هذه الصورة يتم من طريق الدول عنها نظراً لظهور أحداث لم يكن يعلم بها من يعدل عن الخطبة . ولا يؤثر الدول أى خلاف حول التوضيح أو فقد ما قدم من مهر أو هدايا لأن له ما يبرره خاصة لدى الطوائف التي تستلزم أن يكون للدول مهر . وبسبب الطوائف التي تتكلم عن المهر في الدول تجعل هذا ضمن المهرات التي تجبز الدول دون م.م من عدل بأي شيء . انظر أسباب الدول لدى الانجليك مادة ٤ ولدى الريان الأثرودكس مادة ٤٩ .

٣ - حدوث ما يمنع الزواج ؛ كما إذا تزوج أحد الخاطبين زواجا صحيحا
بشخص آخر ، ذلك أن الخطبة مرحلة سابقة على الزواج ، فإذا ما قام مانع
يمنع إتمام الزواج في المستقبل أصبحت الخطبة غير ذات موضوع^(١).

٤ - الرهنة : إذا أثر الخاطب أو المخطوبة الانخراط في سلك الرهنة
تنقضي الخطبة بينهما ، سواء كان ذلك من جانب الطرفين معا ، أو جانب
أحدهما فقط ؛ بشرط أن يترهن الراغب في إنهاء الخطبة حقيقة^(٢).

٥ - ومن الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في إنهاء الخطبة والتي تكلم
عنها فقهاء القانون الكنسي كذلك انقضاء مدة طوله دون عقد الزواج ،
ولا سيما إذا كان هناك وقت معين لا يبرامه ، ومضي هذا الوقت . فإذا كان
هناك وقت محدد للزواج تنقضي الخطبة باقضاء هذا الوقت ، سواء كان التقصير
من جانب أحد الطرفين أو من كليهما معا ، أو حتى لم يكن هناك تقصير من أيهما

(١) وقد بينت المسألة الثامنة من الخلاصة القانونية حكم عقد الاملاك مع قيام المانع ،
وفُرق في هذا الصدد بالنسبة لحق كل من الطرفين في استرداد ما قدم من مهر وهدايا أو أربون ،
وحق الطرف الآخر فيها ، بين حالة علم كل منهما بقيام المانع أو عدم علمه . انظر نص
المسألة في هذا الصدد ، وانظر كذلك موانع الاملاك في المسألة الخامسة . وانظر ابن الصال
السابق ص ٢٠٩ . وانظر كذلك المادة ١١ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاب ، والمادة ١٩١ و ٢٠٠
من مجموعة السريان الأرتوذكسي .

(٢) وفي هذه الحالة تنص الخلاصة القانونية (المسألة الثالثة) على أنه « وإن أثر
خطيب أو خطيبة الرهنة بعد أخذ المهر ، فخطيب أن يسترد ما أعطاه ، وعلى الخطيبة أن ترد
ما أخذته أو وكيلها أوليا بشرط ضعف » بشرط أن الراغب في الترخين يترهن حقيقة ، وإلا فالتم
يترهن فلا فسيأتي ذكر ما يلزمه في المسألة الثامنة » .

وله في المسألة الثامنة من الخلاصة أنه إذا أراد أحد الطرفين الترخين بد الخطبة أو الاملاك
بمجة الرهنة . ولكنه لم يترهن فلا فانه يكون الفارم ، بمعنى أنه إذا كان الراغب في الترخين
هو الرجل بمجة الرهنة ولم يترهن سقط كل ما دفعه لجهة المرأة من هدية وكلفة طعام وشراب
ومهر . وإن كانت المرأة هي الراغبة في الترخين سقطت الرهنة وما ترهنت يلزمها أن ترد لرجل
قيمة الهدية وكلفة الطعام والشراب بشرط ضعف . أما قيمة الأربون فقد ردها مضاعفة .

وانظر كذلك المادة ١١ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاب ، حيث تجعل اعتناق أحد الخاطبين
الرهنة سببا في فسخ الخطبة . وانظر كذلك المادة ٥٤ من مجموعة السريان الأرتوذكسي .

وإذا كان التصير من جانب أحدهما فقط كان للآخر أن يطلب إنهاء الخطبة .
أما إذا لم يكن هناك وقت محدد للخطبة ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف ،
فان الخطبة يمكن أن تنقضى مع ذلك إذا طال الأمد عن الوقت المألوف وكان
التأخير متعمداً وليس له ما يبرره ^(١) .

٦ - وتنقضى الخطبة بالوفاة : وقد نظمت القواعد الخاصة ببعض الطوائف .
الآثار المترتبة على وفاة أحد الخطابين ، فإذا توفى الخطيب كان لورثته استرداد
المهر أو ما اشترى به من جهاز . أما الهدايا فلا ترد في الحادثين ^(٢) .
وعند الكاثوليك يمكن الرجوع في ذلك إلى العرف وإلى القواعد العامة ،
مع مراعاة ما كان بين الطرفين من شروط عند الخطبة ^(٣) .

أما عند الانجيليين فان المادة الخامسة من قانونهم تنص بأنه « إذا مات
أحد الخطابين وكانت الخطبة تمت بصفة رسمية : فالخطيب الآخر أن يسترجع
ما أعطاه للمتوفى من مهر أو هدايا عدا ما استهلك ، بشرط رد ما يكون أخذه
من المتوفى » . والحكم في هذه الحالة لا يختلف كثيراً عما جاء بالنسبة للأقباط
الأرثوذكس . وقد تكلم النص عن الخطبة التي تتم بصفة رسمية ولم يتكلم
عن الخطبة التي تتم بتوافق الطرفين . ويمكن القول في هذه الحالة أن الحكم

(١) أنظر هذا الموضوع في : De Smet السابق ص ٣٢ . وتجمل القواعد الخاصة
ببعض الطوائف من إطالة المدة مبرراً لتمدد عن الخطبة كما هو الحال عند الانجيليين ،
والسريان الأرثوذكس .

(٢) المادة ١٢ من مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١٤ مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس .
وانظر كذلك المادة ٨ من الملائمة القانونية ، وابن السال السابق ص ٢٠٠ .

(٣) أنظر فيليب جلاذ جزء ٥ ص ٢٤٧ قوى رقم ٧ . ويمكن في هذا الصدد تطبيق ...
القواعد العامة في الإنشاء بلا سبب .

لا يتغير بصرف النظر عن الشكل الذى تم فيه الخطبة ، كما يمكن الاستناد فى هذه الحالة الأخيرة إلى القواعد العامة .

هذه هى الحالات التى تنقضى بها الخطبة ، مع مراعاة أنه من بينها ما يعتبر سبباً كافياً يبرر المدول ، وفى هذه الحالة لا يكون على من عدل أية مغارم مالية طبقاً لما تقتضى به القواعد الخاصة ببعض الطوائف .

٩٤ - الاختصاص بتوثيق الخطبة والمدول عنها ، والآثار المترتبة على المدول :

قد يثور الكلام الآن حول الاختصاص بتوثيق الخطبة والمدول عنها من ناحية وحول الاختصاص بالآثار المترتبة على المدول من حيث التعرض من ناحية أخرى . وتأتى إثارة المسألة الأولى الخاصة بتوثيق الخطبة والمدول عنها من أن المشرع قد ترك هذا الموضوع دون تنظيم . ذلك أنه لما ألفت جهات القضاء الملى ، صدر القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥^(١) مدلاً لأحكام القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ، ونص فى مادته الثالثة على أن « تلتى أقلام التوثيق بالحكام الشرعية ، كما تلتى عملية التوثيق بالمجالس المالية ، وتحال إلى مكتب التوثيق جميع المضايط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها » . ومعنى ذلك أن السجلات التى كانت بالمجالس المالية وكذلك الدفاتر والمضايط وجميع ما يتعلق بالتوثيق فى تلك المجالس يحال إلى مكاتب التوثيق بعد صدور القانون .

ومن ناحية أخرى نجد أن القانون ٦٢٩ ينص فى المادة الأولى على تعديل المادة ٣ من القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . وقد صارت هذه الأخيرة ، بعد التعديل ، على النحو التالى . « تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات ، فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك ، الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ويتولى توثيق

١ - (١) إقوائن المصرية العدد ٩٩ مكرر الصادر فى ٣٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ .

عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون متديون يعينون بقرار من وزير العدل . ويضع الوزير لأتمهتين شروط التعين في وظائف الموثقين المتديين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم . ومن هذا النص نرى أن المشرع تكلم عن توثيق الزواج والطلاق فقط بالنسبة لغير المسلمين المتديين في الطائفة والملة وجعله من اختصاص الموثقين المتديين ، ولم يتكلم عن الخطبة . ومعنى ذلك أن الموثقين المتديين الذين يعينون بقرار من وزير العدل ليس لهم اختصاص بتوثيق الخطبة أو المدول عنها ، مع أنهم يختصون بتوثيق الزواج والطلاق ، ويؤكد ذلك ما جاءت به المادة ١٥ من قرار وزارة العدل بلائحة الموثقين المتديين ؛ فقد نصت على اختصاص الموثقين وقررت أنه « لا يجوز للموثق المتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص المصريين المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التي يقوم بالتوثيق لها » . فنص القانون في هذا الصدد ونص قرار وزارة العدل بلائحة الموثقين المتديين واضح ، وهو لم يتعرض على الإطلاق لمسألة توثيق الخطبة أو المدول عنها .

ولذلك يصح لنا أن تساءل ، بعد هذا ، لمن يكون توثيق الخطبة والمدول عنها لدى غير المسلمين في الوقت الحاضر ؟ قد يقال إنه لم يعد هناك أى اختصاص للجهات الدينية المختلفة بعمليات التوثيق أيا كانت صورها وذلك بعد إلغائها وإحالة جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق . ولكن يبدو أن المشرع لم ينظر إلى عملية توثيق الخطبة والمدول عنها ، وهي التي كان يتولاها الكاهن ، على أنها ضمن عمليات التوثيق التي تحال إلى مكاتب التوثيق ، كما أن المشرع كذلك لم ينظر إلى هذه العملية على أنها مثل الزواج ، في حاجة إلى تنظيم ، ولذلك لم ينص عليها ، لا في المادة الثالثة من قانون الشهر المعدلة بالقانون ٦٢٩

السنة ١٩٥٥ ، ولا في لائحة الموثقين المتدينين . ولهذا بقيت الخطبة كما كانت من اختصاص الكاهن هو الذى يتولى تحريرها وإثباتها في دفتر خاص ، كما يتولى إثبات المدول عنها ، وإن كان من يمسك دفتر الخطبة ويتولى تحريرها بين الطرفين من الناحية العملية هو الموثق المنتدب الذى يتولى توثيق عقود الزواج في الجهات الدينية المختلفة ، لأن الوزارة اختارت هؤلاء الموثقين ، كما سئرى عند الكلام عن الزواج ، من بين رجال الدين .

وعلى ذلك فتوثيق الخطبة والمدول عنها لا يزال من اختصاص الكاهن . ولهذا يكفي في المدول عنها أن يقع من أى الطرفين ، ويقوم الكاهن بإثباته في محضر يحرره ويؤشر بمقتضاه على العقد المثبتة فيه الخطبة . وقضى المحاكم بعدم اختصاصها بالنظر في المدول عن الخطبة على أساس أن إثبات المدول عمل لا شأن للقضاء به ، وأنه يتم بإرادة التناكث المنفردة ، ويكفى مجرد إخطار الطرفين اللذين حررا عقد الخطبة بالتأشير بالمدول على هامش العقد^(١) . ولكن عدم اختصاص المحاكم بالمدول لا يكون إلا في الحالة التى لا يثار فيها أى نزاع بين الطرفين حول الآثار المترتبة عليه . وهذه مسألة أخرى . فالهم إذن في هذا الصدد أن توثيق الخطبة والمدول عنها لا يزال من اختصاص الكاهن الذى يتم عقد الخطبة على يديه ، وإن كان الموثق المنتدب الذى يقوم بتوثيق الزواج هو الذى يتولى ذلك من الناحية العملية لأنه من رجال الدين .

أما عن الآثار المترتبة على المدول من حيث المطالبة بالتعويض ورد ما أخذ

(١) أنظر حكم محكمة بنى سويف الكلية للأحوال الشخصية في القضية ١٦٠ لسنة ١٩٥٦
- فى ١٠ / ١٢ / ١٩٥٦ ومذكرة النيابة فى هذا الصدد ، وقد أشار إليه إعاب اسماعيل ،
ص ١٤٦ .

من المهر والهدايا ، فإنها ولا شك تدخل في اختصاص المحاكم ، ذلك أن العدول قد ينتهي دون أن يثار حوله أى نزاع ، وفي هذه الحالة - كما قدمنا - يثبت الكاهن على النحو السابق . أما إذا ثار حوله نزاع من حيث التعويض والمطالبة برد المهر والهدايا ، فإن الاختصاص يكون للمحاكم . وهذا الاختصاص من الأمور المسلمة ، وقد كانت المجالس المليّة فيما مضى صاحبة الاختصاص بالنسبة لما كان يثار حول هذا الموضوع ، كما كانت المحاكم العادية تختص بالنظر في التعويض عن العدول عن الخطبة والآثار الأخرى .

والاختصاص بكل ما يثار في هذا الصدد من منازعات يكون للدائرة الأحوال الشخصية باعتبار أن الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ، كما تختص أيضا بكل نزاع يتصل بها . كالحكم في التعويض عن العدول ، ما لم يرفع طلب التعويض مستقلا ، فتختص به الدائرة المدنية^(١) .

(١) وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية الناتجة من فسخ الخطبة ، وجاء في حكمها « أنه يصدر القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ أصبح الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة غير ذي موضوع » بمقتضى قضي هذا القانون بالناء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة وإحالة مسائل الأحوال الشخصية على دوائر المحاكم الوطنية ، والتي لم تخرج من كونها دوائر مدنية ، خصوصا وأن النزاع المدعى المطروح أمام المحكمة متعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، وهي عقد الخطبة ، ونأخى منها وليس هناك ما يمنع قانونا من نظر طلبات متددة ناشئة عن سبب قانوني واحد أمام هذه المحكمة . (محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية الدائرة ٢٦ في القضية رقم ١٢٥٧ لسنة ١٩٥٦ في ١٩٥٦/٤/٢٢ ، والحكم مشار إليه في إجاب أسمايل ١٤٥٠) وقد قضت محاكم أخرى بعدم اختصاصها بالنظر في استحقاق التعويض لأنه من المسائل المدنية وكذلك بالنسبة لما يلزم رده من هدايا ومهر وشبكة وخلافه . (أنظر محكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ في ٢٠ مايو ١٩٥٧) وكذلك القضية رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٨ في ١٩٥٨/٤/٢٨ جزئى .

أنظر ما سبق لنا يانه في هذا الصدد في البند ٧١ .

وإذا كانت المحاكم تختص في العدول عن الخطية والآثار المترتبة على ذلك فلائى أنواع المحاكم ثبت الاختصاص ؟ هل يثبت للمحاكم الابتدائية أم للمحاكم الجزئية ؟ هنا نجد أن الأحكام منقسمة ، فمنها ما يجعل الاختصاص للمحاكم الابتدائية^(١) ومنها ما يجعله للمحاكم الجزئية^(٢) .

ومن استقراء النصوص في هذا الصدد يتبين لنا أن الاختصاص يثبت للمحاكم الجزئية . ذلك أن المادة ٨ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على اختصاص المحاكم الجزئية الوطنية وحددته على أساس اختصاص المحاكم الجزئية الشرعية الذى جاءت به لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى المادتين ٦٠٥ منها .

(١) ومن هذه الأحكام حكم محكمة الاسكندرية الكلية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ فى ١٩٥٦/٤/٣٠ وقد ضلت المحكمة فى فسغ الخطية وفى المسائل المنفردة من رد الشككة والهدايا ... (غير منشور) ، وكذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى القضية ١٣٥٧ لسنة ١٩٥٦ فى ١٩٥٦-٤-٢٢ ، وقد حكمت المحكمة باختصاصها بفسغ الخطية (الحكم المشار إليه فى إهاب اسماعيل ، ص ١٤٧) ، وكذلك حكم محكمة الاسكندرية الجزئية فى القضية رقم ١٩ لسنة ٥٦ بتاريخ ٢٠ - ٢ - ١٩٥٦ حيث قررت المحكمة أن الاختصاص بفسغ الخطية يكون للمحكمة الابتدائية (غير منشور) .

(٢) ومن هذه الأحكام : حكم محكمة الاسكندرية الجزئية فى القضية رقم ٩ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٥٧ ، وكذلك الحكم فى القضية رقم ٥٨ من السنة نفسها وفى التاريخ نفسه . ويرد من هذا أن المحكمة قد عدلت عن اتجاهها الذى أخذت به فى حكمها المشار إليه فى الهامش السابق فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٩٥٦ ، كما يراعى أنها فى القضية رقم ٥٨ سالفة الذكر قررت اختصاصها بفسغ الخطية مع عدم اختصاصها بالمسائل الأخرى من حيث التوضيات والمهر والهدايا (أحكام غير منشورة) . وهناك أحكام أخرى تعطى الاختصاص للمحاكم الجزئية ، من ذلك : حكم محكمة القاهرة الابتدائية الدائرة ٢٤ فى القضية رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٥٦ بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٩ (مشار إليه فى إهاب اسماعيل ص ١٥١ - ١٥٢) واستئناف طنطا فى ١٩ مارس ١٩٥٧ ، الحاماة ص ٣٧ رقم ٥٥٠ ص ١٢٩١ . وانظر الحكم الابتدائى الذى أفتاه حكم استئناف طنطا السابق فى صالح حتى ٢ رقم ٥٣٧ ص ٤٠٠ - ٤٠١ . وانظر كذلك التعليق على حكم الاسكندرية الذى يثبت الاختصاص باللبة لفسغ الخطية للمحكمة الابتدائية ، صالح حتى ٢ ص ٤٠٤ - ٤٠٥ .

وإذا ما رجعنا إلى هاتين المادتين لرأينا أن المادة الأولى منهما تبين الاختصاص..
النهائي للمحاكم الجزئية في بعض المواد ، والمادة الثانية منهما تبين الاختصاص..
الابتدائي لهذه المحاكم في بعض المواد كذلك . ويتبين لنا من حصر الحالات
التي جاءت بها هاتان المادتان أن المحاكم الجزئية كانت تختص بمسائل النفقات ،
والمهر والجهاز ، والزواج والمواد المتعلقة بالزوجية ، والطلاق والحلع والبراءة
والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها ، ودعوى النسب في غير الوقف ، ودعوى..
الارث ، والحضانة والحفظ ، والصلح والتوكيل ... هذه هي المسائل التي جاءت
بها المادتان ٥ ، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والتي ينبغي أن يتحدد على
أساسها اختصاص المحاكم الجزئية الوطنية ، طبقا لما جاء في صدر المادة ٨ من
القانون ٤٦٢ . ولكن المادة المذكورة عادت وأخرجت من ذلك بعض
المسائل وجعلتها من اختصاص المحاكم الابتدائية . وهذه المسائل هي ، حسب
نص المادة ٨ ، « دعوى النسب في غير الوقف ، والطلاق والحلع والبراءة والفرقة
بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها في المادة السادسة .. » . وعلى ذلك..
فإن ما عدا هذه المسائل التي أخرجتها المادة ٨ وجعلتها من اختصاص المحاكم..
الابتدائية يظل الاختصاص باقيا للمحاكم الجزئية . ومن بين تلك المسائل المهر..
والجهاز والزواج والمسائل المتعلقة بالزوجية .

ولا جدال في أن الخطبة تعتبر من المواد المتعلقة بالزوجية وتبعاً لذلك..
يكون الاختصاص بالنظر في فسئها والآثار المترتبة عليه للمحاكم الجزئية .
« فالخطبة كما جاء في حكم محكمة استئناف طنطا^(١) - تمهيد لمقد الزواج ومن ..

(١) الحكم الصادر إليه في الخامس السابق ، في ١٩ مارس سنة ١٩٥٧ . وانظر
كذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية في القضية رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٥٦ في الخامس..
السابق أيضا .

متعلقاته ، فهي لذلك من اختصاص المحكمة الجزئية » . كما جاء في هذا الحكم أيضا أن « المواد المتعلقة بالزواج التي تنص عليها الفقرة العاشرة من المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تشمل مسائل الزواج والمواد المتعلقة به ، سواء كانت سابقة عليه أو لاحقة له ، ومن ذلك الخطبة وفسخها والآثار المترتبة على ذلك ، فهي من المسائل المتعلقة بالزواج ، السابقة على عقده ... » .

البحث الثاني

الخطبة في الشريعة اليهودية

٩٤ مكرر (١) - التعريف بها : لا يختلف المعنى الذى يعطى للخطبة لدى اليهود عن المعنى الذى يعطى لها لدى شرائع الطوائف المسيحية بصفة عامة ؛ فهي اتفاق على إبرام الزواج فى المستقبل . وهي كما تعرفها المادة الأولى من ابن شمعون « عقد يثقف به الخطبان على أن يتزوجا ببعضهما شرعا فى أجل مسمى ، بهمر مقدر ، بشروط يتفقان عليها » .

ويختلف حكمها لدى كل من اليهود الربانيين والقرائين ، ذلك أنها إذا كانت اتفاقا غير لازم يصح المدول عنه لدى الربانيين ، فان القرائين يعتبرونها إحدى مرحلتى الزواج ، على النحو الذى انتهت إليه الخطبة فى تطورها لدى بعض الطوائف المسيحية الشرقية ، كما بينا من قبل ، ولهذا فان الخطبة تنصرف عندهم إلى معنى يختلف عن المعنى الذى ينصرف إليه لفظ الخطبة عادة^(١) . ومع

(١) فالخطبة لدى القرائين تشبه الإللاذ لدى الأقباط ، كما تشبه الخطبة لدى الأرمن والروم الأرثوذكس ، وهي تعد مرحلة من مرحلتى الزواج ، فالخطاب عاقد شرعا (شماو والخضر ص ٦٤) ، ولهذا فانه يترتب عليها من الآثار ما يترتب على الخطبة لدى تلك الطوائف السابقة ، وهي آثار تقرب فى مجلتها من الآثار التى تترتب على الزواج ، عدا حل المخاطلة الجسدية . =

ذلك فإن عدم تنظيمها لدى القرائين باعتبارها مرحلة منفصلة عن الزواج يصح المدول عنها ، لا يمنع من الاتفاق عليها ، ويخضع الاتفاق لتنظيم إرادة طرفيها طبقا للقواعد العامة ، باعتبارها كالخطبة البسيطة التي تكلمنا عنها لدى المسيحيين ، والتي يصح المدول عنها^(١).

٩٤ هـ (٢) - انقضاء الخطبة : تنقذ الخطبة لدى الربانيين^(٣) ، متى توافرت شروط موضوعية وأخرى شكلية ، كما هو الشأن لدى المسيحيين .

أما عن الشروط الموضوعية ، فهي تنحصر في الرضا والأهلية ؛ والأهلية هنا تنصرف إلى ضرورة انعدام المانع ، فضلا عن توافر السن .

١ - بل إن حتى بالنسبة لمخالطة الجسدية ، نجد أنهم يرتبون عليها نتائجها - إذا تمت قبل الزواج - وبعد الخطبة بالنسبة لغيرية ، وإن كانت العلاقة محرمة بين طرفيها (أنظر شمار الحضر ص ١٠٨) كما أن الخطبة لا تنقضي لدى القرائين إلا بالطلاق ، وذلك متى تمت في الشكل المطلوب . وقد جاء في شمار الحضر (ص ١٢٤) إن محل الطلاق المخطوبة والمتزوجة أنظر كذلك ص ١٢٥ . ويترب على اعتبار الخطبة مرحلة من مرحلتى الزواج كذلك أنه إذا أصحلت المخطوبة بالانفصال جديدا ، حدث زانية لأزواجه كالمتزوجة لا يرفع إلا بالطلاق . ولأن مرتكب الفحشاء معها حده ، كرتكبه مع المتزوجة ، الفطع الساوي غير الحد الفرعى وهو الرجم (شمار الحضر ص ١٤٤ والهامش) .

(١) وهناك اجتهاد لقرائين يقضى بأن الخطبة إذا كانت على غير يد الشرع وقعت بالنسخ لا بالطلاق (ص ١٧٩ من شمار الحضر) . وهذا حتى أنها لا تنطبق في هذه الحالة مرحلة من مرحلتى الزواج ، بل تعتبر خطبة على المعنى الذى ينصرف إليه هذا اللفظ عادة ، ولهذا لا تنحل رابعتها بالطلاق .

(٢) مع مراعاة أن شروط الخطبة لدى القرائين هي شروط الزواج عدا إجراءات الملاينة . فالخطبة كزواج تنقذ متى توافرت أو كان ثلاثة هي المهر ، والوثيقة (المقدس الكتاني) والقبول . هذا هو ما تملك به المرأة شرعا . ولكن الزواج لا يتم إلا بالملاينة بشرة رجاله فإذا دخل الرجل بمخطوبته دون هذه الملاينة عد ميبا شرعا ، ولو أن وصته لا تعلق ذريته . هذا مع مراعاة التبريك . فالتبريك وحده دون الملاينة لا عبرة به (أنظر شمار الحضر ص ١٠٨-٩) .

فيجب أن يتوافر الرضا ، ويتم بإيجاب وقبول على الزواج بين الخاطبين شرعا في أجل مسمى ، على مهر وشروط يتفقان عليها . ويجب ألا يكون هذا الرضا ممييا بطبيعة الحال . كما يجب ألا يكون بين الطرفين مانع يمنع الزواج ، إذ أن ما يمنع الزواج يمنع الخطبة كذلك .

وإذا كان كل من الخاطبين قد بلغ الرشد ^(١) صحت خطبته ، سواء كان ذكرا أم أنثى . فإذا كان خاطبا ، كان أمره في يده ولا يجوز أن ينوب عنه أحد إلا بتوكيل (م ٤ من ابن شمعون) . أما المخطوبة الراشدة فإن أمرها في يدها كذلك ، ولكن جرت العادة أن والدها ينوب عنها متى كانت الخطبة بقبولها ، كما جرت العادة أيضا أن اليتيمة ينوب عنها والدها أو أحد أخوتها أو أو أحد أقاربها (م ٣ من ابن شمعون) .

وبالنسبة للقاصرة ، يجوز لو والدها أن يخطب لها ، وإذا كانت يتيمة جاز لو ألتها أو أحد إخوتها أن يخطبوا لها (م ٢ من ابن شمعون) . وهذا يعني أن ولاية الاجبار تصح هنا ^(٢) كما هو الشأن في الشريعة الاسلامية ، وعلى خلاف الشريعة المسيحية ، كما قلنا .

أما عن الشروط الشكلية ، فقد نصت عليها القواعد الخاصة بالراشدين ، حيث قضت أنه « لاتمد الخطبة شرعية إلا بالعهد الشرعي المعروف بالقنيان » . ومعنى ذلك أن الخطبة لا ترتب عليها الآثار التي تكلمت عنها قواعد الاحوال الشخصية الخاصة بهم إلا بهذا العهد الشرعي المعروف بالقنيان . والقنيان كلمة

(١) وبلوغ الرشد يكون ببلوغ السن التي تنتهي فيها الولاية على النفس والمال ، أنظر ابن شمعون المادة ٦٣١ وما بعدها ^(١) ، وهذه السن هي عشرين سنة ، كما يبدو ، أنظر المادة ٦٧٧ وما بعدها من ابن شمعون .
(٢) أنظر كذلك : شمار الحضر ص ٧١ .

عبرية معناها امتلاك الرجل المرأة بالعقد وما يعطيه إليها أو يقدره لها على نفسه من المهر^(١).

وتميز القواعد الخاصة بالربانيين توثيق الخطبة بعقد كتابي يشمل على القتيان . ومعنى هذا أن الكتابة ليست مستلزمة ، متى تمت الخطبة بالمهد الشرعي ، وبذلك تصح الخطبة بالاتفاق . وإذا ما أريد توثيق الخطبة بعقد كتابي ، فإن ذلك يكون من اختصاص رجل الدين المختص بإبرام الزواج وهو عملا ، الموثق المنتدب على نحو ما بينا بالنسبة للسحيين^(٢).

هذه هي القواعد التي نص عليها ابن شمعون ، ومع ذلك فإنه يقرر أن للخطبة أحكاما وقواعد متبعة في مصنفين باللغة العبرية ، وأن كل خطبة تكون مخالفة لتلك الأحكام والقواعد ، لا يصح التمسك بها أو المقاضاة بشأنها أمام السلطة (الدينية)^(٣) . ولا يعني هذا عدم إمكان ترتب بعض الآثار على الخطبة في هذه الحالة طبقا للقواعد العامة .

٩٤ مكر (٣) - الآثار التي تترتب على الخطبة : إذا تمت الخطبة على النحو السابق لدى الربانيين^(٤) ، فلا شك أنه يترتب عليها من الآثار ما يترتب على الخطبة على نحو ما قدمنا في الشريعة المسيحية ، من حيث اعتبارها فترة اختبار

(١) والتتوان مصدر فني بمعنى كسب أو امتلاك (شمار الحضر ص ٦٤ هامش ١) .

(٢) أنظر ما سبق بند ٩٤ .

أما عند القرائين ، فإن الخطبة - هي المني الحاس بها لديهم - يجب إثباتها كتابة ، وذلك لأن جمهور العلماء عندهم يرون أن المخطوبة تمت زوجة شرها ، فكان من الواجب إثباتها كتابة أيضا كالزواج ، حتى لا تنقض إلا بالطلاق (شمار الحضر ص ٧٠) .

(٣) أنظر المادة ١٥ من ابن شمعون . والمصنفان المشار إليهما هما : « نفيه شالوم بالاسكندرية » ، والثاني « نهر مصر » .

(٤) أما بالنسبة للقرائين ، فلا يثار الكلام عن الآثار التي تتكلم منها ، نظرا لأن الخطبة الشرعية لا تنقض إلا بالطلاق عندهم ، كما قدمنا .

واستعداد ، ، تمهيداً لأبرام الزواج ، إذا ما انتهت الأمور نهاية طبيعية . أما إذا لم يصل الطرفان إلى النتائج المرغوبة ، فانه يكون لأى منها أن يعدل عنها ولا يتم الزواج . فالخطبة ليست ملزمة لدى الربانيين . وقد نصت المادة ٥ من ابن شمعون على أنه « يصح فسخ الخطبة بارادة الاثنين أو إبطالها بارادة أحدهما » . وبصرف النظر عن دقة استعمال كلتي « فسخ » و « إبطال » في هذا المجال ، فان المراد أنه يصح إنهاؤها بالاتفاق ، كما يصح إنهاؤها بالارادة المنفردة .

ولا يثير الاتفاق على إنهاؤها أية منازعات ، إذ يلتزم الطرفان بتنفيذ ما اتفقا عليه ، ويحكم اتفاقهما ما يترتب على إنهاؤها من آثار بالنسبة لما قدم من الهدايا .

أما إذا قام أحدهما بإنائها بالارادة المنفردة عن طريق العدول عنها ، فماذا يكون الحكم ؟

تنص المادة ٨ بأن ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شئ آخر غير الفرامة الضرورية . والفرامة المقصودة هنا هي التي يتفق عليها عند توثيق الخطبة وتدون في العقد ، ويلتزم بها من يعدل عن الخطبة من المتعاقدين (م ٧) . وعلى ذلك فان من يعدل عن الخطبة يلتزم بالفرامة وهي الشرط الجزائي الذي يتفق عليه الطرفان . هذا ما لم يكن لمدوله ما يبرره ، إذ في هذه الحالة تسقط عنه الفرامة التي يلتزم بها متى وجد أحد الأسباب المنصوص عليها^(١) .

(١) وتنص المادة ٩ من ابن شمعون على أن الفرامة تسقط عن ناقض الخطبة إذا وجد سبب من الأسباب الآتي يانها : (١) إذا ظهر بأحد الحاطين سبب لم يكن يله به الآخر . (٢) إذا طرأ البب أو حدث جنون أو مرض مدد بعد الخطبة . (٣) إذا ثبت شرطا على أحد العائلتين لارتكاب الفحشاء . (٤) إذا اعتق قريب أحد العائلتين ديانة أخرى أو مذهبا آخر . =

هذا هو الحل الذي وضعت القواعد الخاصة بالربانيين . ومع ذلك فإن فرض أية غرامة على أى من الطرفين على النحو الذى جاءت به تلك القواعد يعتبر قيّداً يرد على حرية الأفراد فى المدول عن الخطبة ويمس الحرية اللازمة لأبرام الزواج ، ولا نرى الأخذ به لتعارضه مع النظام العام . ولهذا نرى أن لكل من الطرفين أن يعدل عن الخطبة ، وإذا ما اتفق فى المقد على غرامة كان هذا الشرط باطلاً ، وبالتالي لا يلتزم بها من يعدل ، ولو لم يكن لمدوله مبرر من المبررات التى نصت عايتها القواعد الخاصة بالربانيين . وكل ما هنالك أنه إذا كون المدول خطأ ، وترتب عليه ضرر للطرف الآخر ، طبقت القواعد العامة على نحو ما بينا من قبل ^(١) .

٩٤ مكرر (٤) - انقضاء الخطبة ، والآثار التى تترتب على هذا الانقضاء :

رأينا أن الخطبة تنقضى بالمدول عنها ، وبينما الحكم الذى توردته القواعد الخاصة بالربانيين من أنه إذا لم يكن له سبب من الأسباب التى أوردتها ، فإن من يعدل يلتزم بالغرامة المتفق عليها . وقد اتفقتنا إلى أنه إذا كان هناك مجال للمسئولية ، فإن من عدل عن الخطبة لا ينبغى أن يسأل إلا على أساس القواعد العامة فى المسئولية .

== (٥) إذا ساء سلوك الخاطب أو أسرف (٦) إذا اتضح أن الخاطب عديم التكسب .

(٧) إذا علم الخاطب أن الخطوبة مات لها زوجان .

هذا وقد نصت المادة ١٣ على أنه « إذا غير أحد الخاطبين اقامته من بلدة الى بلدة ، فلا يجبر الآخر على الانتقال معه » وتحقق له الغرامة « إلا إذا كان السفر إجبارياً » فإن الغرامة فى هذه الحالة تسقط .

(١) أنظر فيما سبق : بند ٩٠ وما بعده . هذا بالإضافة إلى إمكان تطبيق النتائج التى

تتكلنا عنها فيما سبق صدد الاغواء المتصل بالخطبة من حيث إمكان الحكم بالتعويض « بالنسبة ليهود كذلك (أنظر بند رقم ٩٢ فيما سبق) .

وإلى جانب ذلك فإن الخطبة تنقضى بالاتفاق بين طرفيها ، وأينما أن
الاتفاق هو الذي يحكم الآثار التي تترتب فيما بين الطرفين .

كما تنقضى الخطبة كذلك بالوفاة . وقد نظمت القواعد الخاصة بالربانيين
الآثار التي تترتب على الوفاة من حيث الفرامة والهدايا ، فقضت بأنه « إذا توفي
أحد الحاطلين بطلت (اقضت) الخطبة ، ولا غرامة ، وردت الهدايا ككنص
المادة ١٤^(١) » .

وقد نصت المادة ١١ على أنه إذا قضى بالفرامة ولم يحصل دفعها ، ومات
الملزم بها لزمت تركته^(٢) . كما أنه إذا توفي والد المخطوبة أو المتعهد بالفرامة ،
فإن المقدل لا يبطل بذلك ، بل يتغذ ، وتسرى الفرامة على الورثة (م ١٢) .

على أنه إذا كانت القواعد الخاصة بالربانيين تعرض للالزام بالفرامة في
حالة المدول بدون مقتض ، وقضى بها للمحكوم له بها سواء من التركة أو على
الورثة على نحو ما سبق ، فإنه يبدو أنهم بالنسبة لرد الهدايا لا يربطون بينه
وبين المدول بسبب أو بدون سبب^(٣) . فباقتضاء الخطبة يلتزم المهدي إليه برد
الشيء المهدي أو رد قيمته عند تقديمه ، ما لم تكن الهدية مما يستهلك أو مما يتلف
بحسب طبيعته ، فلا يجب الرد . وعلى ذلك فإن الحكم برد الهدايا لا يرتبط
بخطأ من يعدل ، كما لا يرتبط بوجود سبب للمدول أو بانعدام مثل هذا السبب .

(١) مادة ١٠ من ابن شمون . وتنص المادة ١٤ على أنه « إذا أهدى أحد الحاطلين
شيئاً إلى الآخر وجب على المهدي إليه رده » أو دفع قيمته إذا قدمه . غير أن الهدية إذا
كانت من المستهلكات أو مما يتلف طبعاً بالاستعمال ، فردها أو تمويض قيمتها غير واجب .
وطبيعة الحال من يلتزم بالرد هو من بين الحاطلين أو ورثة المتوفى منها ، بحسب الأحوال .
(٢) وهذا ما يمكن القول به في حالة الحكم بالتبويض ، فإذا قضى بالتبويض لأحد
الحاطلين على أساس المسؤولية طبقاً لقواعد العامة . فإنه يستوفى من تركته المحكوم عليه به .
(٣) ويبدو هذا صفة واضحة كذلك من نص المادة ٨ على أن « ناقض الخطبة
لا يلزمه دفع شيء آخر غير الفرامة المضروبة » .

الفصل الثاني

انعقاد الزواج

٩٥ - تقسيم البحث : لكي انعقد الزواج صحيحاً لابد من توافر شروط معينة . فلا بد أن يتوافر الرضا بين الطرفين وموافقة من تلزم موافقتهم في الحالات التي يتطلب فيها ذلك ؛ ولا بد كذلك من عدم وجود مانع من الموانع القانونية للزواج ؛ هذا فضلاً عن ضرورة أن يدفع الزوج مهرأ طبقاً لأحكام الشريعة اليهودية . وهذه طائفة أولى من الشروط ، هي ما تسمى بالشروط الموضوعية (Conditions de fond) . ولكن توافر الشروط السابقة لا يكفي بل لابد أن تتوافر شروط وإجراءات أخرى شكلية ، فلا بد أن يتم الزواج في شكل معين هو الشكل الديني ، وهذا هو الشرط الشكلي (Condition de forme) . وعلى ذلك ففي الزواج لابد من توافر الشروط الموضوعية ، كما لابد أن يصاغ في الشكل الديني الذي تتطلبه القواعد الخاصة بالمسيحيين واليهود . وتوضح لنا بعد ذلك خطة البحث في هذا الفصل . فتعالج في مبحث أول الشروط الموضوعية للزواج . وفي مبحث ثانٍ تكلم عن الشكل الديني ؛ وفي مبحث أخير تكلم عن الجزء على شروط الزواج ، ونعرض لكل هذا في الشريعة المسيحية . والشريعة اليهودية .

البحث الاول

الشروط للموضوعية في الزواج

الفرع الأول

في التريعة السبعية

أولا : الرضا في الزواج

§ ١ - في الرضا بصفة عامة

٩٦ - أهمية الرضا لقيام الزواج - أوصافه ومضمونه : يعتبر الرضا من العناصر الجوهرية في عقد الزواج ، لا يمكن أن يقوم بدونه^١ ، كما لا يمكن أن يحل محله أى إجراء آخر . وإذا كان القانون الكنسى بصفة عامة يستلزم أن يصاغ الرضا بالزواج في شكل معين حتى يضمن بذلك جدية الأمر وسهولة الاتبات ، وإذا كان الزواج الذى لا يتم في هذا الشكل المتطلب يعد باطلا ، إلا أنه لا يمكن لأى شكل خارجى أن ينشئ ما يسمى بحالة الزواج (état de mariage) ، دون أن يكون هناك رضا متبادل بين الطرفين . فالرضا إذن لا يغنى عنه أى شكل خارجى لكى تقوم العلاقة الزوجية بين رجل وامرأة .

ولابد من أن يكون الرضا بين شخصين من جنس مختلف (Sexe different) ، أى بين رجل وامرأة ، وهذا شرط بديهى تقتضيه

طبيعة الأمور في الزواج^(١) . ولا بد كذلك من أن يكون الرضا صادرا من كل من الطرفين ، فإذا رضى أحدهما بالزواج دون صدور رضاء الطرف الآخر كان الزواج باطلا .

وتعين كذلك أن يكون الرضا حالا (actuel) ، أى لابد من أن تصرف إرادة الطرفين إلى قبول أن يصير كل منهما زوجا للآخر في الحال (de praesenti) . فلا يكفي أن يتراضيا على عقد الزواج بينهما في المستقبل ، إذ في مثل الحالة الأخيرة لا يقوم الزواج بين الطرفين وإن أمكن أن يقوم بينهما وعد بالزواج ، أى خطبة ، لا يترتب عليها ما يترتب على الزواج من حق الطرفين في المعاشرة الجنسية .

وتقريبا على هذه الفكرة ، وهى ضرورة اتجاه إرادة الطرفين إلى إنشاء العلاقة الزوجية بينهما في الحال ، فإن الأمر يثار في حالة اقتران الرضا بالأجل أو بالشرط . ولم يرد في القواعد الخاصة ببعض الطوائف ذكر لضرورة أن يكون الرضا حالا ، وإنما اكتفت بالنص على أنه « لا زواج إلا برضا الطرفين » . أو

(١) فالعلاقة التى تقوم بين شخصين من جنس واحد لا يترتب عليها قيام الزواج . ويمكن أن يتم الزواج بين شخصين مختلفين في الجنس . فظالما أن الطرفين مختلفين في الجنس ، لانهما ما إذا كان هناك عجز ناشئ عن ضعف في الأعضاء التناسلية أو ما إذا كان تكوينها ميبيا أو كانت مستأنسة ؛ إذ كل هذا لا يمنع من وجود الزواج طالما كان جنس كل منهما معروفا وطالما كانا مختلفين . كل هذا بطبيعة الحال مع مراعاة ما للميزج الجنسي من أثر باعتباره مانعا من موانع الزواج ، كما سترى فيما بعد عند الكلام على موانع الزواج (أنظر في هذا : أوبري دور ، الجزء السابع ، الطبعة ٦ ، فقرة ٤٥١ ص ١٥) .

ويراعى أن الزواج قد يقوم بين شخصين مختلفين في الجنس ، إلا أنها قد يتعدان فيما بعد على أثر عملية جراحية مثلا يكون من شأنها تغيير حالة أحد الزوجين ، كما يحدث هذا كثيرا في الوقت الحاضر . وهنا تنقضى الرابطة لعدم إمكان تحقق الفرض من الزواج ، فاختلاف الجنس أمر جوهري ليس فقط لقيام الزواج ، بل وأيضا لبقائه .

أنه « لا يجوز أن يقد الزواج إلا بعد الرضا بالإيجاب والقبول بين الزوجين »^(١) . وإذا لم يكن هناك أية إشارة في النصين السابقين إلى ضرورة أن يكون الرضا بالزواج حالا ، فإن هذا أمر مفهوم ، لا داعي للنص عليه ، إذ مما يتناقض مع مفهوم الزواج أن ينصرف الرضا به إلى المستقبل ؛ فلا بد أن يقع الرضا بانجازه في الحال . والواقع أنه لا يصح أن يقرن الزواج بالأجل أو يعلق على شرط . وهذا ما نصت عليه الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية صراحة في المادة ٨٣ منها ، إذ قررت أنه لا يقد زواج بشرط (le mariage ne peut être conclu sous condition) . وقد جاء نص المادة ٨٣ في هذا الصدد مختصرا ، واكتفى ببيان أن الزواج لا يقوم إذا ما اقرن به شرط^(٢) . ولم تبين الإرادة الرسولية حكم الزواج المقرن بالأجل ، ولكن هذا الحكم واضح ؛ ذلك أن الأجل إذا كان واقفا اعتبر الاتفاق خطية ، وإذا كان فاسخا

(١) انظر المادة ١٦ والمادة ١٧ من مجموعتي ١٩٠٥ و ١٩٣٨ للاقطار . والمادة ٩ من قانون الإنجيليين ، وانظر كذلك المادة ٣ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس .
(٢) وقد ذكرت المادة ١٠٩٢ من القانون الكنسي الغربي آثار الشروط المختلفة على الزواج ، ويثبت أن هناك حالات يعتبر الشرط فيها كأن لم يكن ، وحالات أخرى يتكون فيها الزواج باطلا أو موقوفا . . . (انظر في هذا « شارل دو كليرك » : القانون الكنسي ، بإشراف « ناز » ، المرجع السابق ، جزء ٢ ، فقرة ٤١٥ ص ٣٦٤ - ٣٦٦ . وانظر تفصيلا لهذا الموضوع كذلك في : Fournoret ، السابق ، ص ١٣٢ وما بعدها) .

وقد أورد فيليب جلال (قاموس الإدارة والقضاء جزء ٥ ص ٣٥٦ شوي رقم ٢٣) أنه أصبح تقييد عقد الزواج بالشرط « إذا كان الشرط أمرا ماضيا قد تم وقوعه » أو أمرا كائنا في الحال وهو واقع ، وذلك أن الرضى المقيد يصير مطلقا في الحال ، بحيث صح العقد صح السر أيضا . وأما إذا كان الشرط أمرا مستقبلا وكان ممكنا ولاحقا فلا يقع الزواج حتى يتم الشرط .

وانظر في شأن ما جاء في الإرادة الرسولية : Caltier ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ وما بعدها .

كان مخالفا لطبيعة الزواج ولخاصيته الجوهرية وهي عدم قابلية للانفصام ، فيعطله .

على أنه إذا كان لابد من اتجاه إرادة الطرفين إلى إنشاء العلاقة الزوجية في الحال ، فانه لابد كذلك من أن تنصرف إرادة كل منها إلى العناية التي شرع الزواج من أجلها ، وهي تولية كل منها نفسه للآخر تولية شرعية ، وذلك بالنسبة إلى الأفعال التي تؤدي بذاتها إلى إنجاب البنين . فالزواج عقد ينطوي على اتفاق الطرفين على ما يعتبر محلا له ؛ وحل المقد في هذه الحالة هو الاعتراف المتبادل بين الطرفين بحق كل منهما على الآخر بالنسبة لما يتعلق بالأفعال التي يتطلبها الزواج . وهذا ما نصت عليه المادة ٧٢ من الإرادة الرسولية في فقرتها الثانية حيث قررت أن الرضا الزوجي إنما هو عمل إرادي (le consentement matrimonial est un acte de volonté) ، به يرضى كل من الطرفين أو يعطى وقبل حقا دائما محصورا بينهما فيما يتعلق بالأفعال التي تصلح بذاتها لإنجاب البنين . وعلى ذلك إذا اقترنت إرادة الطرفين بتحفظ في هذا الشأن ، بصورة يتبين معها إنكار أو نقي هذا الهدف ، فلا ينعقد الزواج بينهما . وعلم الزوجين البالغين بهذا الأمر مفترض ؛ وسنعود إلى هذا الموضوع عند الكلام عن الغلط باعتباره عيبا من عيوب الإرادة في الزواج .

ومن كل ذلك نرى أن رضا الطرفين كاف بذاته لإنشاء الزواج ، بشرط أن تتوافر له الصفات المطلوبة ، وبشرط أن يعطى في الصورة المستلزمة لصحته . والرضا في الزواج أمر لاغنى عنه ، كما قدمنا ، ولا يمكن أن يحل محله أى إجراء آخر (١) .

(١) وهذا ما يميز به الزواج ، وهو ما نصت عليه الإرادة الرسولية في المادة ٧٢ فقرة =

فلا يكفي أن يحل محل الرضا كل الإجراءات الشكلية والاحتفالات الأخرى ، حتى ولو أعقب هذه الاحتفالات وتلك الاجراءات اكتمال الزواج بالجماع ؛ فليس الجماع هو الذى ينشئ الزواج ، بل إن الذى ينشئ هو الإرادة نفسها ^(١) (ce n'est pas la consommation , mais la volonté qui fait le mariage)

٩٧ - التعبير عن الإرادة - كفيته : لكي ينقذ الزواج صحيحا ، لابد من وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج . وعلى ذلك فإنه لا يستند بالارادة المتقدمة كإرادة الصبي غير المميز والمجنون ^(٢) ، كما أنه لا يستند بالارادة التى لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى كإرادة المازل ، فتخلف الإرادة الحقيقية

= أول حيث تقرر : « يقوم الزواج بالرضا الذى يديه على وجه شرعى فريقان أهل لعقد شرعا ولا يستطيع أى سلطان بشرى كان أن يوضه » (il ne peut être suppléé par aucune puissance humaine) . وإذا كان القانون يتدخل أحيانا فى بعض العقود ليحل محل رضا الطرفين ، فإن مثل هذا الأمر مستحيل بالنسبة لعقد الزواج .
(١) Caltier : السابق ، ص ١٩٠ ، ١٩١ ، وأنظر أيضا : De Smet ، السابق ص ٧٩ .

(٢) وبالنسبة لحالة الجنون يفرق الفقهاء فى هذا الصدد بين الجنون المطبق حيث لا يستند مطلقا بالتصير الصادر من المجنون ، والجنون المتقطع حيث تكون هناك فترات إفاقة إذ يمكن فى تلك الفترات أن يستد بالتصير ، أى يصح للمجنون أن يبرم زواجا فى تلك الفترات ، طالما كان قد رجع إلى صوابه الحقيقى فى الفترة التى أوبرى فيها الزواج ، حتى ولو كانت الفترة مؤقتة ، إذ المهم أن يكون هناك شفاء ، ولو مؤقت . من الجنون . ذلك لأن من الحالات ما يكون فيها المجنون مطرد الهدوء مما يتيقن منه أنه عاد إلى صوابه من حيث المظهر دون أن يكون قد شفى حقيقة من مرضه .

وإذا كان الزواج فى حالة فترات الإفاقة (Intervallés lucides) يستمر صحيحا ، إلا أن الفقه يقر بأنه مع ذلك يعتبر عادة غير مشروع نظرا لتأنيج المؤلدة التى تترتب عليه بالنسبة للزوجة ، وصيغة خاصة بالنسبة للأولاد ، ولهذا فإنه لا ينبغي أن يسمح به إلا فى الحالات الخطيرة جدا .

(أنظر فى هذا : De Smet ، السابق ص ١٣٠ ، والمواشم ، وكذلك Fournier)

تجعل العقد باطلا^(١). ولكن وجود رضا، تحقيق مطابق للبارات والإشارات الصادرة من المتعاقد أمر مفترض؛ فإذا ادعى المتعاقد بطلان الزواج لتخلف الرضا، لأنه لم يكن جادا، كان عليه أن يقيم الدليل على ما يسقط هذه القرينة، وإذا لم يقم الدليل على ذلك — وهو أمر عسير — فلا بطلان.

وقد نصت المادة ٧٧قرة أولى من الإرادة الرسولية على أن رضا النفس الداخلي يفترض دائما أنه مطابق للألفاظ أو الإشارات المستعملة في إبرام الزواج^(٢).

وإذا كان من المتعين لقيام الزواج وجود إرادتين حقيقتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج، فهل يلزم أن يكون التعبير عن الإرادة وضع معين، أم هل يكفي أن يكون التعبير بما يدل عليه، أيا كان السبيل إلى ذلك؟

لا جدال في أن الزواج الكنسي لا بد من أن يصاغ في الشكل الديني

= السابق، ص ١١٩. ويقرر شراح القانون الفرنسي في هذا الصدد أن المحجوز عليه إذا تزوج في فترات إفاقته كان هذا تنظيلا لصفة العقدية على الصفة النظامية في الزواج. فالزواج كنظام يتنافى مع إجازة زواج المجنون حتى في فترات الإفاقة؛ لأن غلبة الجنون عليه تجعله غير قادر على تحمل واجبات الزواج (أنظر بلاتويل وديير وبولانجييه، الطبعة ٥، جزء ١ فقرات ٧٩٦ و٧٩٧ وانظر كذلك جيل الدرقاوي، الأحوال الشخصية للإناث (١٩٥٨) فقرة ١٩ والمراجع المشار إليها في هذا الصدد. وكذلك شفيق سماعة: أحكام الأحوال الشخصية جزء ٣ رقم ١٤٢ وما بعدها.

(٢) وانظر بالنسبة للعقد السوري: عتيق شعاع، السابق (جزء ٢) رقم ١٥٠ وما بعدها.

(٣) أنظر Galtier، السابق، ص ٩٩٢، ونظائري المادة ٧٧ من الإرادة الرسولية المادة ١٠٨٦ من القانون الكنسي الفرنسي، انظر في شرح هذه المادة الأخيرة والتعليق عليها: شارل دوكليرك، القانون الكنسي بإشراف « فاز »، السابق جزء ٣، فقرة ٤٠٨.

المطلوب على النحو الذى سنبينه فيما بعد ، ولكن الإرادة الرسولية فى المادة ٢/٧٩ منها تستلزم أن يعبر الزوجان عن رضاها بالألفاظ ، ولا يسمح لها باستعمال إشارات تعادل الألفاظ إذا كانا قادرين على الكلام . ومقتضى هذا النص أن الإشارات التى يمكن إحلالها محل العبارات التى ينطق بها شفها ، كالإيماء بالرأس مثلا ، لا تنفى فى التعبير عن الرضا بالزواج متى كان الشخص قادراً على الكلام^(١).

على أننا لا نرى مانعا من أن يتم التعبير عن الرضا بأية دلالة أخرى غير الكلام ولو للقادرين عليه ، طالما كانت هذه الدلالة معبرة ، بطريقة لا تدع مجالاً للشك ، عن الإرادة فى قبول إبرام الزواج ، وطالما كانت تلك الدلالة مفهومة لرجل الدين الذى يتم الزواج على يديه . وينبغى أن ندخل فى الاعتبار ما يحيط بالطرفين عند إتمام العقد من ظروف قد يتعدر فيها التعبير بالكلام . فى الوقت الذى تكون فيه الدلالات الأخرى خير معبر عن الإرادة ، وخاصة أن فى الحضور عن طوعية أمام رجل الدين وأمام الجمهور ما يكشف عن رغبتها فى إنشاء العلاقة الزوجية . فقد تعبر الزوجة عن قبولها بمجرد إيماء للرأس ، أو تمد يدها طوعية لوضع الخاتم فيه .. إلى غير ذلك مما يقطع بوجود الرضا بالزواج . ولعل فى النص لدى بعض الطوائف - غير الكاثوليك - على أن الزواج ينقد بالرضا ، دون تحديد وسيلة معينة للتعبير عن هذا الرضا ، ما يعين

(١) انظر فى هذا الموضوع Galtier ، السابق ص ٢٠٢ وما بعدها . وانظر نص المادة ٢/١٠٨٨ من القانون السكسى الغربى ، المقابل لنص الإرادة الرسولية وما جاء بشأنه فى : شارل دوكليرك ، السابق ، مقرة ٤١١ . وانظر كذلك الدكتور عتيق شعاعته أحكام الأحوال الشخصية ، جزء ٢ سنة ١٩٥٨ رقم ١١١ وما بعدها .

على الأخذ بهذه الوجهة . ولذلك يصح التعبير بالكلام أو ما يقوم مقامه في الدلالة على الرضا بالزواج^(١).

هذا إذا كان الشخص قادرا على الكلام ، أما إذا لم يكن قادرا على الكلام ، فلا جدال في أنه يستطيع أن يعبر عن إرادته بإشارته المألوفة التي لاتدع مجالا للشك في قبوله الزواج^(٢).

٩٨ - من يصدر التعبير - الوكالة في الزواج : والتعبير عن الإرادة ، على الوجه السابق . لا بد أن يصدر من الطرفين نفسيهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين وقت إبرام عقد الزواج ، إذ أن هذا العقد من العقود الشكلية ، يلزم فيه الحضور أمام رجل الدين ، حتى يتحقق بنفسه من رضا كل من الطرفين وتوافقهما على الزواج لكي يتسنى له إثبات ذلك في العقد ، ولكي يتم الأمر علنا أمام الشهود ، وحتى يمكن إقامة الصلاة الدينية .

وعلى ذلك إذا تخلف أحد الطرفين عن الحضور أمام الكاهن ، أو إذا تخلفا معا لا يمكن إجراء الزواج ، حتى ولو عبرا عن رضاهما بأية وسيلة أخرى ،

(١) أنظر المادتين ١٦ و ١٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط والمادة ٣ أرمن أرثوذكس^١ والمادة ٩ انجيلين . وانظر في الفقه البيزنطي : شفيق شعاته ، السابق جزء ٢ رقم ١١٧ ص ١٩ ، وفي ألقته الكلداني رقم ١١٨ وفي الفقه الأرمني رقم ١٢١ جث لا يستلزم أن يكون الرضا بالألفاظ ، وفي التقيينات الحديثة رقم ١٢٣ . كما أن سكوت البكر يفيد رضاها على ما أورده ابن الصال (انظر : شفيق شعاته رقم ١٢٦ ص ٣٥ . وانظر بالنسبة للتعبير بالكتابة رقم ١٢٧ وما بعدها .

(٢) وهذا هو ما يفهم من نص المادة ٢/٧٩ من الارادة الرسولية التي استلزمت الكلام في التعبير عن الرضا إذا كانا قادرين عليه ، ومعنى ذلك أنها إذا لم يكونا قادرين عليه يسمح لهما باستعمال الاشارات المادلة للألفاظ . وقد نصت المادة ١٧ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على ذلك فقررت أن رضا الآخرس يثبت بإشارته إذا كانت معلومة ومؤدية إلى فهم مقصوده . وهي تقابل م ١٨ مجموعة ١٩٣٨ .

مهما كانت هذه الوسيلة قاطعة في قبولها لإتمام الزواج بينهما ، كما إذا اتصلوا بالـكاهن الذي سيبرم الزواج وأخبراه برغبتهما الأكيدة في إتمام الزواج ، سواء كان ذلك عن طريق الخطابات أو التليفون أو عن طريق رسول ينقل إليه رغبتهما ... فكل هذه الوسائل ، ولو أنها تعبر تعبيرا صريحا عن الإرادة ، إلا أنها لا تكفي لإبرام الزواج الذي ينبغي أن يتم علنا أمام الشهود ، وحيث يتحتم أن يتم بإقامة الصلاة ^(١) .

وإذا كان حضور الطرفين لازما لإبرام عقد الزواج ولا يفي عنه أية وسيلة أخرى للتعبير عن إرادتهما على النحو السابق ، فما هو الحكم بالنسبة لإتمام الزواج عن طريق الوكالة ؟

إن مقتضى إتمام الزواج في الشكل الديني يستلزم ، كما قلنا ، حضور الزوجين أمام الكاهن حتى يعبرا عن رضاها بالزواج أمام الكاهن وأمام الشهود . ومعنى ذلك أنه لا يصح أن يتم الزواج عن طريق الوكالة ، لأن الفرض من إتمام الزواج في الشكل الديني هو التأكد من رضا الطرفين بالزواج ومنحها البركة عن طريق الصلاة والتكليم ، وهذا مالا ينسئ إذا تم الزواج عن طريق الوكالة .

ولم تشر القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة إلى موضوع الزواج عن طريق الوكالة ^(٢) . اللهم إلا بالنسبة للـكاثوليك ، فقد أبيع الزواج عن هذا الطريق .

(١) انظر في التعبير عن الإرادة بالكتابة وبوساطة الرسول : شفيق شحاته ، جزء ٢ رقم ١٢٧ وما بعدها .

(٢) ويراعى بالنسبة للأقباط الأرثوذكس أن الفقهاء يرون إمكان إتمام الخطبة والإملاك عن طريق المتأقذ نفسه أو عن طريق وكيله أو وليه ، ولكن يبدو أنهم لم يشيروا إلى شيء من ذلك بالنسبة للزواج ذاته (انظر المسألة الثانية من الخلاصة القانونية) وانظر كذلك ابن السال ، ص ١٩٢) . وهذا هو الحكم لدى السريان الأرثوذكس (انظر الفصل الخامس بـكيفية الخطبة م ٢٣ وما بعدها) .

وقرر المادة ٧٩ فقرة أولى من الارادة الرسولية أنه يلزم لا يرام زواج صحيح حضور المتعاقدين بنفسهما أو بواسطة وكيل - *(il faut que les contractants soient présents par eux-mêmes ou par procureur)*

ولما كان الأصل هو إتمام الزواج بحضور الطرفين أمام الكاهن ، فإن الزواج عن طريق الوكالة لا يلجأ إليه إلا في أضيق الحدود ، كما يتضح ذلك من القواعد التي تنظمه ..

فالزواج عن طريق الوكالة لا يتم إلا بعد إذن كتابي من الرئيس الكنسي المحلى لكل حالة ، ولا يجوز للرئيس الكنسي أن يعطى مثل هذا الإذن إلا في حالة الضرورة ، أى في حالة ما إذا تمذر حضور المتعاقدين مما أمام الكاهن لسبب خطير^(١)

ولكى يكون الزواج صحيحا في هذه الحلة ، يتعين أن تكون الوكالة خاصة *(un mandat spécial)* لتعاقد مع شخص معين ، موقعا عليها من الموكل ، ثم يوقع عليها أيضا إما من الخوري أو الرئيس الكنسي للجهة التي تحرر فيها عقد الوكالة ، وإما من كاهن أذن له بذلك منهما ، وإما من شاهدين على الأقل ، هذا مع مراعاة ما تقضى به القواعد الخاصة بالأبرشيات في شأن الزواج عن طريق الوكالة .

وإذا كان الموكل يحمل الكتابة ، تجب الإشارة إلى ذلك في وثيقة الوكالة نفسها ، كما يجب إضافة شاهد آخر يوقع كذلك على هذه الوثيقة ، وإلا كانت الوكالة باطلة .

(١) المادة ٨٠ من الارادة الرسولية .

وإذا رجع الموكل عن توكيله ، أو إذا ما أصيب بالجنون *Tombe en demence* ، وكان ذلك قبل أن ينجز الوكيل مهمته بإبرام عقد الزواج باسمه ، كان الزواج الذى يقوم به الوكيل باطلا ، حتى ولو جهل الوكيل أو الطرف الآخر المتعاقد معه تلك الظروف .

ولا بد لصحة الزواج من أن يعين الموكل نفسه وكيله ، كما لا بد كذلك من أن يباشر الوكيل مهمته بنفسه ، أى أنه ليس للوكيل أن يوكل عنه غيره فى أداء مهمته التى وكل فيها شخصياً ^(١) .

هذا وينبغى أن يراعى بالنسبة للزواج الذى يتم عن طريق الوكالة اتباع جميع القواعد والاجراءات الشكلية التى تتبع فى عقد الزواج بين حاضرين ، والمنصوص عليها فى المادتين ٨٥ و ٨٦ من الارادة الرسولية . كما يتعين كذلك على الزوجين عند أول فرصة يجتمعان فيها ألا يهملأ أن يتقبلا من السكاهن المعين طبقاً للقواعد المنصوص عليها فى الارادة الرسولية ، البركة المنصوص عليها فى المادة ٩١ من هذه الارادة ^(٢) .

من كل ما سبق يمكن أن نتبين أنه لسكى يكون الزواج عن طريق الوكالة صحيحاً ينبغى : (١) أن يعين الوكيل (*le manda taire*) بواسطة الموكل (*le mandant*) نفسه . (٢) أن تكون الوكالة خاصة ، يحدد فيها الشخص الذى ينبغى أن يتم الزواج معه . (٣) أن تكون الوكالة كتابة ، وأن يوقع عليها الموكل ، كما يوقع معه إما الرئيس الكهنسى أو خورى الجهة التى تحرر فيها

(١) انظر فى الاحكام السابقة ، المادة ٨١ من الارادة الرسولية .

(٢) انظر المادة ٨٢ من الارادة الرسولية .

الوكالة ، وإما أن توقع من كاهن أذن له بذلك منها ، أووقع عليها من شاهدين . فإذا كان الموكل يجهل الكتابة ، فإنه يشار إلى ذلك في وثيقة الوكالة مع إضافة توقيع شاهد آخر . (٤) ويلزم كذلك عند التنفيذ ألا يكون الموكل قد عدل عن الوكالة (صراحة أو ضمناً) ، أو ألا يكون قد أهله بالجنون ، وإلا كان الزواج باطلاً ، سواء علم الوكيل والطرف الآخر الذى يتعاقد معه أو لم يعلم . (٥) أن يقوم الوكيل بالوكالة بنفسه . (٦) وينبغى أخيراً أن تكون الوكالة مؤرخة^(١) .

٩٩ - إلى أى مدى تلزم موافقة الأولياء والأقارب على الزواج ؟ على أن ضرورة صدور الرضا من شخصين حاضر بنفسيهما أو عن طريق الوكالة على النحو السابق ، يقتضى أن يكون كل منهما قد بلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، وهى السن التى يكون فيها لكل منهما الحق فى تزويج نفسه بنفسه ، دون استئازام رضا وليه الشرعى . فمن بلغ هذه السن كان له أن يآشر العقد بنفسه أو عن طريق الوكالة ، عند الطوائف التى تبيحها . ولايهم ما إذا كان العاقد رجلاً أو امرأة . وهذه السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس تختلف باختلاف الطوائف^(٢) . فمضى بلغ الشخص السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس كان له

(١) انظر فى هذا : Galtier ص ٦-٢ - ٧-٢ .

وانظر فى موضوع الوكالة جفة طامة : المرجع السابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها . وكذلك De Smet ، السابق ، ققرة ٧٠ و١١٠ و١٢١ ص ١٠٥ و١٥٣ و١٦٥ على الترتيب . وكذلك ، شارل دوكليرك ، السابق ققرة ٤١٠ ، ٤١٢ - . Fournet ، السابق ، ص ١٥٥ وما بعدها .

(٢) وهى لدى الارثوذكس واحد وعشرون سنة ، وعند الانجيليين ثمانى عشرة سنة ، أما بالنسبة للكاتوليك فإن الزواج يصح متى بلغ الطرفان السن المحدد للزواج وهو ست عشرة سنة للثنى وأربع عشرة سنة للثناة ، وذلك دون حاجة إلى استئازام موافقة ولى النفس . وقد سبق =

الحق في أن يزوج نفسه بنفسه^(١)، دون إذن من كان وليا له ، وإن لزم ذلك من باب التأديب فقط . وكل ما يملكه الولي في هذه الحالة هو مجرد النصح .

== أن أشرنا إلى أن الولاية على النفس تنتهي في الشريعة الإسلامية بالبلوغ . ويترتب تصرف الشخص بالزواج والطلاق نافذا بمجرد البلوغ مع القتل . والبلوغ المقصود في هذه الحالة ليس بلوغ سن الرشد التي يقدرها القانون بواحد وعشرين سنة ، وهي السن التي تكفل فيها أهلية الشخص بالنسبة لتصرفات المالية ، ولسكن البلوغ المقصود هنا هو البلوغ الطبيعي ، والذي يعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت ، وإن لم توجد علامات فإن الفقهاء يقدرُون البلوغ بالسن . ويقدر جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية سن البلوغ بخمس عشرة سنة . ففي بلغ الشخص هذه السن اعتبر بانفا ، ذكرًا كال أو أنثى . ويقدر الإمام أبو حنيفة سن البلوغ بثاني عشرة سنة لفتى وسبع عشر سنة لفتاة ، ويقدرها الإمام مالك بسبع عشرة سنة للثنتين .

فمن بلغ طفلا كان له أن يعقد زواجه بنفسه وكان عقده نافذا تترتب عليه أحكامه . :
(انظر في هذا : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ٦٨) .

(١) وهذا ما قرره المادة ١٨ من مجموعة ١٩٥٥ للإتباط [الارثودوكس] وتجايل المادة ١٩ مجموعة ١٩٣٨ ، إذ نصت على أنه « يجوز لمن بلغ سن إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، رجلا كان أو امرأة ، أن يزوج نفسه بنفسه » . وقد كانت السن عند الإبتاط الارثودوكس فيما مضى ٣٥ سنة . وقد أوردت الخلاصة القانونية في المسألة ١٦ أنه « متى صار للذكر والآنثى خمس وعشرون سنة ، امتلكا السلطان الذاتي ونحاصا من الولاية وحينئذ إذا رغب أحدهما التزوج ، فذلك مفوض له ، إنما يلزمه اتخاذ رأى آيه أو من كان وليا بعده تأديبا . وليس للأب أو ذلك الولي المأنة في ذلك مادام يكون مطابقا لشرع المسيحي » .

وإذا تعرض الولي ومنع ذلك الراغب من الزواج بدون مسوغ شرعي ، فله أن يعرض للرئيس الروحي لينفذ له الفرض قانونيا ، ولو رغما عن وليه ، آيه كان أو غيره ، سواء كان الراغب في الزواج ذكرا أو أنثى .

« ثم إذا وقع اختلاف بين الوالد أو من يقوم مقامه من الأهل وبين البنت التي بلغت سن الكمال (أنثى السن التي تخرج به من الولاء) على خطيئين متساويين في الجنس والعال، حمل برأيها خاصة ، وإن كانا متساويين ، فالاختيار للرئيس الشرعي » :

ولاتقيد النصوص الحديثة للأقباط الأرثوذكس البالغين بأخذ رأى أوليائهم^(١). وهذا ما يمكن القول به بصفة عامة بالنسبة للطوائف الأخرى . فطالما أن الشخص قد بلغ السن التي تنتهى فيها الولاية على النفس فكان له أن يزوج نفسه بنفسه دون توقف على إذن الغير .

لكن ماذا يكون الحكم إذا بلغ الشخص السن المقرر للزواج ، ولكنه لم يبلغ السن التي تنتهى فيها الولاية على النفس ، وهذا ما يتصور بالنسبة للأقباط الأرثوذكس مثلاً . فالولاية تنتهى يلوغ الحادية والعشرين ، ومع ذلك فإنه يصبح للشخص أن يتزوج متى بلغ ١٨ سنة ، إذا كان رجلاً ، ومتى بلغ ١٦ سنة إذا كانت امرأة . فهل لمن بلغ سن الزواج أن يتزوج ويعتبر زواجه صحيحاً نافذاً حتى ولو لم يبلغ السن التي تنتهى فيها الولاية على النفس ؟

وقبل أن نعرض للحلول التي جاءت بها القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة ، ينبغي أن ننبه إلى حقيقة هامة في هذا الصدد ، وهى أن رضا الزوجين نفسيهما هو ركن العلاقة الزوجية الأساسى ؛ فلا يمكن أن ينقصد زواج من غير رضائهما . فلا ينقصد الزواج بإرادة ولى النفس وحده ولو كان الزوجان صغيرين ، كما لا ينقصد بإجراء الطقوس الدينية وحدها ، ولا بأى سلطان بشرى آخر ، كما

(١) انظر المادة ١٨ والمادة ١٩ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . ويقول ابن السال في هذا الصدد (ص ٢٠٢ - ٢٠٣) « ... والتي قد تجاوزت ثلثاً وعشرين سنة إن تكامل والدها عن تزويجها فلها أن ترسل الرؤساء حتى يلزموا والديها بالتزويج والتجيز بمقدار ما تحتمله أحوالهم . والتي لها سلطان نفسها وتكون سنّها كلمة ، فلها أن تقارن بجلا على ما يوجبها التاموس ، ولو كان أبوها كارها . وهذا حكم الولد ذكر أو أنثى .. وإن كان الأب موسوماً فالجد يقنع إذا كان عاقلاً ، وإلا فالرأى لأهلها . فان اختلف مع الكاتبة السن فلاختيار للرئيس . فان كان الذى يختاره الأهل والذى تختاره هى متساويين فى الجس والخال عمل برأىها ... »

أشرفنا إلى ذلك من قبل . فالشرعية المسيحية - كما قدمنا - لا تعرف ما يسمى بولاية الاجبار في الزواج . لكن إذا كان رضا الزوجين أمراً لازماً ، فهل يكفي هذا الرضا وحده في جميع الأحوال لبرام الزواج ؟ رأينا أنه يكفي إذا كان الزوجان قد بلغا السن التي تنتهي فيها الولاية على النفس ، إذ في هذه الحالة لا يلزم رضا الأولياء ، وإن كان هذا الرضا من الأمور المستحسنة . لكن إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما قد بلغ سن الزواج وكانت الولاية لا تزال قائمة فهل يلزم رضا الولي في هذه الحالة . هنا ينبغي أن نفرق بين الكاثوليك من جهة وباقي الطوائف من جهة أخرى ^(١) .

فبالنسبة للارثوذكس والانجيليين تلزم موافقة أولياء النفس لصحة زواج من هم تحت الولاية . وتنص المادة ٣١ بالنسبة للانجيليين على أن « يكون الولد ذكراً أو أنثى تحت ولاية أبيه إن وجد حتى يبلغ سن التكليف » وسن التكليف عندهم كما قدمنا هي ١٨ سنة للذكر والأنثى . ومعنى ذلك أنه طالما كان الشخص خاضعاً للولاية ، فإن موافقة وليه لازمة ، حتى ولو بلغ سن الزواج ^(٢) .

(١) وقد استلزمت الكنائس الشرقية رضا الأولياء كشرط لصحة الزواج متأثرة في ذلك بما جرى عليه القانون الروماني . وقد كان قانون جستنيان يتطلب إلى جانب رضا الوالدين رضا رب الأسرة (Pater de Famille) إذا كان الأولاد alieni juris . وإذ ماتلق الأمر بزواج حليه ، فينبغي علاوة على ذلك رضا كل من يمكن أن تكون لهم السلطة الأبوية عليه بعد موت رب الأسرة الحال . وعلاوة على ذلك فإنه بالنسبة للمرأة Sui juris التي لم تبلغ ٢٠ سنة ينبغي أن تحصل على رضا والدها ، وعند عدم وجوده فرضا والدتها ، وإذا لم يوجد أبوها فلا تقرب من أقاربها قرابة نسب قائمة على صلة الدم ، أي القرابة الطبيعية (Cognatio) . على أنه كان يحرم من السلطة الأبوية في الحالة التي كان رب الأسرة يرفض فيها الرضا بدون سبب صحيح ، ففي هذه الحالة كان من الممكن اللجوء إلى القاضي ، (دوفيليه ، ودوكليوك : الزواج في القانون الكنسي الشرق ، الباقي ، ص ٤٧) .

(٢) ويتصور هذا بالنسبة لفتاة إذا أن الزواج صبح يلزمها ١٦ سنة ، ولا ترفع منها الولاية على النفس إلا بعد بلوغ ١٨ سنة .

أما بالنسبة للعوائف الارثوذكسية فإن المادة ١٩ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط تنص على أنه « إذا كان من الزوج أو الزوجة دون الحادية والعشرين ، فيشترط لصحة الزواج رضا وليه الشرعي ، فإذا امتنع ولي القاصر عن تزويجه ، فيرفع طالب الزواج الأمر إلى (المجلس الملي) للفصل فيه » . وعلى ذلك فرضا الولي الشرعي أمر لازم لصحة الزواج - وذلك بطبيعة الحال إلى جانب رضا الشخص نفسه . وإذا اختلف القاصر مع وليه ، بأن امتنع الولي عن تزويجه ، احتكم طالب الزواج إلى (المجلس الملي ^(١)) . ولما كان المجلس الملي غير موجود الآن فالتأكد أنه يجب عرض الأمر على الرئيس الديني لأخذ موافقته ، وبذلك تقوم هذه الموافقة مقام رضا ولي النفس . ويؤيد هذا ما جاء في الخلاصة القانونية . فقد نصت المسألة ١٥ منها على أن صحة الزواج تتوقف على رضا الزوجين ورضي أبويهما أو أوليائهما ، ما داموا باقيين تحت الولاية ، أعني مادام لم يكملوا خمساً وعشرين سنة ، وهي السن التي كانت تنتهي فيها الولاية . ثم عرضت المسألة ١٥ بعد ذلك لحالة امتناع الآباء أو الأولياء ، قررت أنه « إذا امتنع الآباء أو الأولياء عن أن يزوجوا من هم تحت ولايتهم ، الراغبين الزواج ، بدون موجب شرعي يمنع رغبتهم ، فلرؤساء الزوجين أن يلزمهم بالتزويج والتحجير قدر ما يمكن ^(٢) » . هذا وتوزد المجموعات الحديثة للأقباط بياناً بمن لهم الولاية على النفس ، وسنرى ذلك فيما بعد عند الكلام عن الولاية .

(١) ويرى البسني (تادرس حيقايل) الأحوال الشخصية للمصريين . السابق ، فقرة ٩٤٣) أنه لا داعي لمرسئ المسألة في حالة عدم موافقة الوالدين على زواج ابنها أو ابنتها على الحاكم ، وإنما تعرض على المجلس الملي : ونعتقد الآن أنه لا محل للأخذ بهذا الرأي وخاصة أنه لم يعد للمجالس المليّة وجود — أنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ص ٢٦٤ .

(٢) وقد تعرضت الخلاصة القانونية (المسألة ١٥) في هذا الصدد لموضوع آخر هو =

هذا بالنسبة للأقباط الارثوذكس^(١). أما بالنسبة للكاثوليك ، فإن الحكم يختلف الآن^(٢) عنه في الكنائس الأخرى ، إذ لا يشترط لدى الكاثوليك رضاء الأولياء لصحة زواج الصغير الذي بلغ سن الزواج . وقد حددت المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية سن الزواج ، قررت أنه لا يجوز للرجل أن يعقد زواجا صحيحا قبل سن ١٦ سنة والمرأة قبل سن ١٤ سنة كاملة . ولم يرد في النص أى شرط خاص برضاء الولي أو إذنه . ثم أوردت الفقرة الثانية من

= حالة ما إذا غاب الوالد أو الولي ثلاث سنين وكان الولد أو البنت قد بلغا السن المحددة لكل منهما (وهي سن الزواج على ما ورد في المسألة ١٤ من الخلاصة) ، ورضيا الزواج ، فعلى الأرشيد من المائدة بعد الولي أن يزوجهما . وإن كان الولي أجنبيا فالرئيس الشرعي أن يدير أمر الزواج . وإن كانا يتيمين ، ولم يكن لهما ولي واستعفا الزواج ورضياه ، فيعترف الشرعية بتمامهما نواب من أقاربهما لتدبير زواجهما ، وإلا فن الجانب .

وقد أورد ابن الصالح حكم الحالة التي يمتنع فيها الولي عن التزوج ، فقد قرر أن « من يمنح الذين تحت حجره من أن يزوجه ومن أن يتزوجوا ظلما ولا يطعهم جهازهم ، فطروءا أن يزموه بالتزوج والتعيز » . كما أورد كذلك حكم مسألة غياب الأب أو أمه فقال : « وإن لا يعود الأسير في مدة ثلاث سنين فيجوز لولده أن يتزوج » ، فإن جهل موضع الأب مدة ثلاث سنين ، ولم يعلم إن كان حيا ، فيجوز لأولاده من أية الطيحتين كانوا أن يتزوجوا على حسب التاموس ، وأولاد الأسير والغائب إن تزوجوا قبل ثلاث سنين ، وكان بيننا أن ذلك الشخص لا يرضاه الأب فالتزوج غير صحيح » (المرجع السابق ، ص ٢٠٢ و ٢٠٣) .

(١) وبالنسبة لباقي الطوائف الأرثوذكسية الأخرى ، فقد أخذت بالحكم نفسه . إذ أن هذا الحكم هو ما يفهم من المادة ٧ من مجموعة السريان التي يحمل لرئيس الأبرشية الروحية أن يتولى خطبة الكلمة سنا التي ليس لها آباء وأقارب أو إذا كانوا ولكنهم غائبين أو كانوا حاضرين ولكن حصل بينهم اختلاف ، أو امتنعوا عن خطبتها لرجل عند حصول رغبته . وهكذا ما يمكن القول به كذلك لدى الأرمن (انظر المادة ٤ من مجموعتهم) ولدى الروم . فإذا لم يوافق ولي النفس كان الأمر للرئيس الديني .

(٢) وقد مرت مسألة رضا الوالدين على زواج أبنائها بتطور خلال التاريخ . واتسم الأمر إلى الحل الذي سنتكلم عنه في المتن . انظر في هذا الموضوع : De Smet ، السابق ، فقرة ٢٤٨ وبصفة خاصة فقرة ٢٥٠ ص ٣٨٧ ، وكذلك : شارل دوكليرك ، المرجع السابق ، فقرة ٣٥٨ ، و Galtier ، السابق ص ٥١ — ٥٣ . وانظر كذلك مذكرات حلفي بطرس ، السابق الإشارة إليها ص ١٦٦ — ١٦٩ . وقد أشار إلى مؤلف « اسان » من الزواج في القانون الكنسي جزء أول ص ١٦٤ وما بعدها ، وجزء ثان ص ١٥٤ وما بعدها .

المادة نفسها أنه وإن صح عقد الزواج بعد السن المذكور ، فليحرض مع ذلك رعاة النفوس *les pasteurs d'âmes* أن يرغبوا عنه الشبان إذا طلبوه قبل السن التي ألفت الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية في كل بلد . فالسن التي حددته المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية يعتبر حداً أدنى فقط لا يصح الزواج قبله في نظر القانون الكنسي للكاتوليك ، مع مراعاة أنه إذا كانت القواعد والتقاليد المطبقة في بلد من البلاد التي يعمل فيها بالإرادة الرسولية ، تخالف ذلك بأن كانت تحدد سناً أكبر من السن التي حددته المادة ٥٧ للزواج ، فانه ينبغي أن يرغب رعاة النفوس الشبان عن الزواج حتى ينفو السن المرعية في البلد . وبمعنى آخر ، أنه ينبغي أن تحترم من الزواج التي تحددها القوانين المدنية في هذا الصدد ، وإن كان الزواج يصح من الناحية الدينية يلوغ السن التي حددتها المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية . وفي كثير من البلاد تتطلب القوانين المدنية سناً أكبر من السن المحدد في القانون الكنسي . فإذا لم يصل طالب الزواج إلى السن التي يحددها القانون المدني ، لا يمكنه عقد الزواج^(١) . إذ يجب مراعاة ما تحدده القوانين المدنية في هذا الصدد^(٢) .

ومن ذلك يتبين أنه إذا كان القانون الكنسي بالنسبة للكاتوليك يحدد

(١) ومن ذلك مثلاً القانون المدني الفرنسي ، فانه يحدد سن الزواج بثاني عشرة سنة للشاب وبخمس عشرة سنة للفتاة .
أنظر : شارل دوكليرك ، السابق ، فترة ٢٩٠ ص ٢٢٥ ، *Galtier* ، السابق ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) هذا وقد قررت لائحة الموثقين المتدينين التي أصدرتها وزارة العدل بناء على القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ، أنه لا يجوز توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ١٨ سنة وسن الزوجة أقل من ١٦ سنة . وإن كان يراعى أنه لا أثر لاشتراط التوثيق على صحة عقد الزواج ، كما سترى فيما بعد بند ١٢٨ .

من الزواج على النحو السابق ، إلا أنه ينبغي أن تراعى القواعد المرعية في شأن السن والتي تحددها القوانين المدنية . وإذا كان الطرفان قد بلغا سن الزواج ، فلهما أن يزوجا نفسيهما دون إذن من الأولياء . وقد جاءت المادة ٣٥ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والتي جمعها فيليب جلاد في هذا الصدد تقرر أنه « لا يشترط رضى الوالدين لصحة الزواج ، إذ لا دليل على وجوب مثل هذا الرضى لا من جهة الناموس الطبعي ولا من جهة الناموس الوضعي ، لأن العاقل له الولاية على جسده بالنسبة للزواج » . ولكن إذا كان رضا الولى غير مستلزم لصحة الزواج في هذه الحالة ، إلا أنه « لما كان من المقرر أنه يجب على الأولاد أن يهابوا والديهم ويحترمهم ويوقروهم ، فلا يوافق على أن يقدموا على الزواج إلا برضاهم » . هذا هو ما كان مقررا لدى الكاثوليك قبل العمل بالإرادة الرسولية .

وقد نصت الإرادة الرسولية في المادة ٢٤ على أنه يتعين على الكاهن أن يحرص على نصح « الأولاد القاصرين على ألا يعقدوا الزواج دون علم والديهم أو بالرغم منهم إذا لم يوافق هؤلاء على الزواج عن صواب . وإذا لم يذعنوا فلا يحضرن زواجهم ما لم يسبق ويستشر الرئيس الدينى » . وعلى ذلك ينبغي على الكاهن أن يذكر القصر بواجبهم في استشارة آبائهم ؛ فإذا ما رفضوا القيام بذلك دون وجه حق ، كان على الكاهن أن يستشير الرئيس الدينى الذى قد يرى التصريح بالزواج . على أنه يجوز أن يكون هناك وجه مشروع لكي يرفض الأبناء القصر استشارة والديهم ، وخاصة إذا كانوا يعلمون معارضتهم دون وجه حق لرغبتهم ؛ فإذا كانت حرية الأبناء القصر تسود في هذه الحالة ، إلا أنه يجب على الحورى أن يدخل النتائج في الاعتبار ، فالحكمة تقتضيه أن يستشير ، أو على الأقل أن يحظر الرئيس الدينى . فإذا كانت معارضة الوالدين معروفة ، فلا محل

عادة لأن يدخل في الاعتبار إلا المعقول منها . ومع ذلك يكون من الأحكم أن تعرض الحالة على الرئيس الديني ، وبهذا لا يتحمل الحورى المسؤولية في مسألة من المسائل الدقيقة . ثم إن الالتجاء إلى الرئيس الديني يعتبر دليلا على أن الأمر لم يعالج معالجة طائشة ، وأنه قد أعطى لمعارضة الوالدين ماتستحقه من اهتمام^(١) .

§ ٢ - عيوب الرضا

١٠٠- مدى تطبيق نظرية عيوب الرضا في العقود المدنية بالنسبة الى عقد الزواج :

رأينا فيما سبق أنه لا بد من وجود الرضا في الزواج ، سواء نظرنا إليه على أنه عقد أو على أنه نظام قانوني . فهو شرط جوهري ، ولذلك كان من اللازم أن يصدر هذا الرضا صحيحا . إلا أن نظرية عيوب الرضا المعروفة في نطاق العقود الأخرى لا يمكن تطبيقها كما هي في شأن الزواج ، لما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بسبب إبطاله ؛ فإبطال الزواج بصفة عامة يعتبر أكثر خطورة - من حيث النتائج الاجتماعية التي تترتب عليه - عن إبطال أى عقد آخر من العقود المتعلقة بالأموال .

ومن جهة أخرى فإن نظرية عيوب الرضا ينبغي أن تصاغ ، عند إعمالها في نطاق الزواج ، بحيث تتفق وطبيعته . ذلك أنه إذا كان الرضا أمرا جوهريا لتقيام الزواج ، إلا أن دور الإرادة فيه محدود . والأخذ بنظرية عيوب الرضا يقوم على تحليل الإرادة واعتبار ما لها من سلطان في تحديد أثر العقد . ويستطيع القاضى في نطاق العقود العادية أن يجد في التعبير عن الإرادة نفسه ومن ظروف الحال ما يمكنه من الكشف عن عيوب الرضا . أما في الزواج فليس من السهل عليه

(١) في هذا المعنى : Galtier : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

القيام بذلك ، لأن الرضا يعبر عنه في مراسيم الزواج بمجرد لفظ « نعم » ، وفيما وراء هذا اللفظ هناك من البواعث أو العوامل الشخصية العديدة ما يبقى دون أن يعبر عنه ، وكل بحث في تلك البواعث أمر عسير تحوطه المخاطر .

كما أن الزواج يختلف عن العقود الأخرى من حيث عدم إمكان إنهائه باتفاق الأفراد . ولهذا فإن التوسع في الأخذ بعيوب الرضا قد يهدد السبيل أمام الزوجين إلى إنهاء العلاقة الزوجية ، فليس أيسر من اتفاقهما على تصوير عيب من عيوب الرضا يدعيه أحدهما ويسلم به الآخر بقصد التخلص من الرابطة الزوجية . وهذه خطورة ينبغي العمل على تلافيها ، ولا يتأتى ذلك إلا بالحد من نطاق أعمال نظرية عيوب الرضا في الزواج ^(١) .

ولذلك فإن الاتجاه السائد هو عدم تطبيق نظرية عيوب الرضا بصورتها المعروفة في العقود العادية بالنسبة للزواج ، وذلك نظراً لطبيعته من ناحية والحد من الآثار الخطيرة التي تترتب على إبطاله من ناحية أخرى . ولم يدخل القانون السكسي كل عيوب الرضا المعروفة في الاعتبار وإنما عالج منها الغلط والاكراه فجعل منهما سببين يعبان الإرادة في عقد الزواج ^(٢) .

(١) في هذا المعنى : بلانول وديير ويولانجيه ، (طبعة ٥) جزء أول فقرة ٧٩٨

ص ٣٠٥ .

(٢) أما بالنسبة للعيوب الأخرى فإن في تطبيقها كما هي معروفة في القانون المدني ما قد يؤدي إلى التوضي . كما أنه قد لا يتناسب وطبيعة الزواج . فالزواج رابطة شخصية محلها استمتاع الرجل بالمرأة ، وهذا ما قد يتناقض وطبيعة العيوب الأخرى كالاستغلال الذي يستلزم عدم تعادل بين ما يأخذ المتعاقد وما يعطى ، أى أنه ينظر فيه إلى الجانب الاقتصادي في العقد ، وهو أمر لا يمكن تطبيقه في صدد عقد الزواج ، حتى ولو توافرت العناصر النفسية لنظرية الاستغلال . وكل ما هنالك أن الاستغلال قد يتوافر بمناسبة الزواج نفسه ، كأن تستغل امرأة شابة هوى زوجها الطاعن في السن فتبرم منه من العقود مالا تتبادل فيه التزامات الطرفين بصورة واضحة ، وقد يحدث العكس إذا تزوج شاب من عجوز غنية فيبتر أموالها عن طريق

هذا وقد تواضع حض الفقهاء على دراسة عيوب الرضا ضمن الموانع المبطلّة للزواج ، ولكن البعض الآخر يعالجها بنسبة الكلام على الرضا في عقد الزواج وهو ما نتجه إليه ، لأن عيوب الرضا إنما تتعلق بالإرادة ، ولكي ترتب الإرادة أثرها القانوني في الزواج - كما في غيره من العقود الأخرى - يعتين أن تكون خالية مما يعيبها . وسنعرض فيما يلي للفلط ثم للاكراه ، ونتكلم بعد ذلك عن الختلف لصلته بهذا العيب الأخير ^(١) .

= عقود يربما مما مستغلا فيها هواها له ... هذا بالنسبة للاستغلال . وواضح أنه لا يصور تطبيق هذا العيب من عيوب الرضا في شأن عقد الزواج .

أما بالنسبة للتدليس فإن تطبيقه في هذا الصدد يؤدي إلى إبطال كثير من عقود الزواج ، ذلك لأن الطرفين يقومان عادة بكل ما يمكنهما من الحيل لكي يحمل كل منهما الآخر على إتمام الزواج ، وهذا أمر شائع يصعب إبطال الزواج بسببه . ثم إن الزواج من الأمور التي تحتاج إلى التروي والتدبر ، وليس لمن ركن إلى حيل الطرف الآخر أن يلوم إلا نفسه ، فقد كان عليه الحذر والتعبر قبل الإقدام على عقد خطيره شأنه في حياة الإنسان ، إذ في الزواج يحس كل طرف إلى إتمامه بكل الوسائل ، وقد عبر عن ذلك أحد شراح القانون الفرنسي القديم (Loysel) بقوله إنه في مسائل الزواج ليس من يستطيع (En mariage il trombe qui peut) (أنظر في هذا : بلانيول وريير وبولانجييه ، السابق ، فقرة ٧٩٩ ص ٣٠٦) .

على أنه إذا كان التدليس لا يدخل في الاعتبار لخطورة الآثار المترتبة عليه بصفة عامة ، إلا أننا نسرى في المتن أن بعض القوانين الكنسية تدخل الفس في الاعتبار في حالات معينة .

(١) هذا ويفرق فقهاء القانون الكنسي الفرنسي في صدد عيوب الرضا بين عيوب الإدراك (Défauts dans l'intelligence) ومالجون تحتها الجبل بطبيعة الزواج وأغراضه والغلط ، وعيوب الإرادة (Défauts dans la volonté) ، ومالجون تحتها الإكراه (أنظر : شارل دوكليرك ، السابق جزء ٢ ، فقرة ٤٠٤ وما بعدها . وانظر كذلك : Fournet السابق ص ١١٩ وما بعدها .

ويراعى أنه بالنسبة إلى الانجيليين ، لم تنص قواعدهم على عيوب الرضا . ولهذا لامانع من الاستشارة في شأنها بأحكام عيوب الرضا التي سنتكلم عنها ، خاصة وأن المادة ٩ من قانونهم تنص على أنه « لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالإيجاب والتبول بينه الزوجين » . وهذا يقتضى أن يوجد الرضا المطلوب سلبا .

١٠١- أولا : الغلط (L'erreur) : قد يختلط بدراسة الغلط كميّ من عيوب الرضا موضوع الجهل (ignorance) بأغراض الزواج وطبيعته . وقد عالج فقهاء الشريعة المسيحية الجهل والغلط باعتبارهما يعيان الإدراك ، وبالتالي يعيان الرضا بالزواج . وقبل أن تتكلم عن أحكام الغلط ، نعرض سريعا لموضوع الجهل بطبيعة الزواج وأغراضه ، ولو أنه لا يثور كثيرا من الناحية العملية .

ينبغي أن يعلم المتعاقدان أن الزواج شركة دائمة بين الرجل والمرأة هدفها إنجاب الأولاد ووسيلتها الاتصال الجسدي بينهما على نحو معين . فينبغي أن يعلما أن الفرض من الزواج هو إنجاب الأولاد وليس مجرد الصداقة ، أو مجرد الهدوء والراحة التي تنشأ من حياة شخصين معا . وينبغي كذلك أن يعلما أن هناك بعض حقوق جسدية خاصة بكل منهما نحو الآخر تتجاوز مجرد الصداقة والعطف . ولكن لا يلزم أن يعرفا على أي نحو تكون هذه الحقوق الجسدية ، بل يكفي أن يعلما - كما قال بولس الرسول في رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس ^(١) - أنه « ليس للمرأة تسلط على جسدها بل للرجل . وكذلك للرجل أيضا ، ليس له تسلط على جسده ، بل للمرأة » .

وقد جاءت المادة ٧٣٣قرة أولى من الإرادة الرسولية للكاتوليك الشرقيين تقضى في هذا الموضوع بأنه « لكي يكون هناك رضا بالزواج ، يجب ألا يجهل الزوجان على الأقل ، أن الزواج شركة دائمة (Permanente) بين الرجل والمرأة ، بقصد إنجاب الأولاد » . وعلى ذلك فإن الجهل في هذه الحالة يترتب عليه انعدام الرضا بالزواج . ولما كان من النادر ألا يعلم المتعاقدان الفرض من الزواج على النحو السابق ، قد قررت المادة السابقة في فقرتها الثانية أن « هذا

(١) الاصطاح ٧ ، الآية ٤

الجهل لا يفترض بعد البلوغ ». ذلك أنه منذ البلوغ يستطيع الشخص أن يدرك أن المجتمع الصغير الذي ينشأ الأطفال في رحابه إنما يتكون من أب وأم ، وأن الأطفال إنما هم ثمرة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة . ومع ذلك فقد يحدث - نادرا - ألا يكون للشاب أو الفتاة العلم المطلوب في هذا الشأن حتى بعد البلوغ ، ولهذا فإن القرينة التي يتكلم عنها النص في المادة ٧٣قرة ٢ تسمح بإثبات العكس^(١) . ومهما يكن من الأمر ، فإن هذه المسألة إنما هي مسألة نظرية ، فلتتركها لتعالج موضوعا آخر أكثر أهمية من الناحية العملية ؛ وهو موضوع الغلط .

والغلط (l'erreur) يختلف - كما قدمنا - عن مجرد الجهل بأغراض الزواج . ذلك أنه إذا كان الشخص في حالة الجهل خالي الذهن عن أمر من الأمور ، أى ليست عنده أية فكرة عن هذا الأمر ، فإن الغلط إنما هو فكرة غير صحيحة (Fausse) تتكون حول أمر من الأمور ، فيعتقد الشخص على خلاف الحقيقة .

ويقسم فقهاء القانون الكنسي الغلط بصفة عامة إلى غلط في الواقع (erreur de fait) وغلط في القانون (erreur de droit) . فقد تتعلق الفكرة غير الصحيحة بالشخص الذي يراد إبرام الزواج معه أو بصفة من صفاته وهذا هو الغلط في الواقع ؛ وقد تتعلق تلك الفكرة بخصائص العقد نفسه ، كما إذا تتعلق الغلط بخصائص الزواج الجوهرية ، كالوحدة وعدم القابلية للانحلال ، وهذا هو الغلط في القانون .

(١) أنظر في هذا المعنى : « شارل دوكليرك » في القانون الكنسي ، بإشراف « ناز »
جزء ٢ - المرجع السابق فقرة ٤٠٥ من ٣٥٦ . وأنظر كذلك : Fournier ، المرجع
السابق من ١٢٠ - Galtier ، المرجع السابق من ١٩٣ .

١- **الغلط في الواقع** : ينبغي أن يكون هذا الغلط جوهريا حتى يعيب الرضا، ويفرق قهوا القانون الكنسى بصفة عامة بين الغلط الجوهرى الذى يبطال الزواج والغلط العرضى الذى لا يمتد به . والغلط الجوهرى قد يكون فى شخص الطرف الآخر أو فى صفة من صفاته ، وذلك فى حالات معينة ، وعلى خلاف بين المذاهب المسيحية نعرض له فيما يلى :

(١) الغلط فى الشخص (*erreur sur la personne*) : ويقصد به الغلط فى ذاتية الشخص نفسه ، بأن يحل شخص محل شخص آخر . ذلك أن رضا أحد الزوجين فى عقد الزواج يتجه بصفة رئيسية إلى شخص الطرف الآخر، ولهذا فإن أى إبدال فى هذه الشخصية لا يتوافر معه الرضا . فإذا ما تزوج رجل امرأة بينما كان يقصد الزوج بأخرى غائبة ولكنها تشبه من زوجها ، فمن الواضح فى مثل هذه الحالة أن الرضا يعتبر غير موجود ^(١) .

وقد نصت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية على هذه الصورة من صور الغلط . فتقرر القواعد الخاصة بالاقباط الأرثوذكس أنه « إذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الآخر الذى وقع عليه الغش » ^(٢) . والنص فى هذه الحالة يستلزم أن يكون الغلط نتيجة غش . وعلى ذلك إذا كان الغلط تلقائيا فإنه لا يعيب الرضا ، وبالتالي لا أثر له

(١) ومثل هذا الفرض قد يتصور إذا كان الشخص أعمى رغم مقابلته لمن يريد الزواج بها ، كما قد يتصور كذلك فى حالة ما إذا رأى أحد الطرفين الآخر أو صورته من قبل ، ولكن الزواج تم فى الظلام أو عن طريق الوكالة لدى من يبيع الزواج عن طريق الوكالة . وقد يستغل شخص تشابه الاسماء ، ويتقدم للزواج من الطرف الآخر ويكتم عنه أنه ليس هو الشخص المقصود ، وعلى أية حال فإن هذا أمر نادر .

(٢) أنظر المادة ٣٧ و٣٦ من مجموعة ١٩٥٥ و١٩٢٨ على التوالي .

طبقاً لما جاء به النص السابق . والنش في هذه الحالة ينظر إليه نظرة أوسع من التدليس ، فليس من اللازم أن تتوافر الحيل اللازمة لقيام التدليس كما هو معروف في القانون المدني ، إذ ليس من عناصر النش وجود الحيل ، كما أنه لا يلزم أن يصدر من طرف من أطراف العقد على الطرف الآخر ، والمهم أن يقع أحد الزوجين في غلط بالنسبة لشخص الزوج الآخر ويكون ذلك نتيجة النش^(١) .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة فقد نصت المادة ١٧٤ من الإرادة الرسولية على هذا الحكم فقررت أن التلط في الشخص يبطل الزواج ومن المتصور وجود هذا الغرض لدى الطوائف الكاثوليكية وخاصة إذا علمنا أن الزواج يمكن أن يتم عندهم عن طريق الوكالة ، كما قدمنا . ولا يلزم أن يكون نتيجة غش ، كما هو الشأن لدى الطوائف الأرثوذكسية .

(١) أنظر في التفرقة بين النش والتدليس حكم محكمة الاسكندرية المختلطة في ١٨ نوفمبر

١٩٢٥ ، البتآن عدد ٣٨ ص ٥٤ .

هذا وقد جاء في المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية أن النش قد يكون من جهة الخطوبة ، كمن يخطف فلانة ثم يظهر أن المقود عليها غيرها . أو كمن تخبط لواحد ويقصد لها مع آخر غيره ، بحيث ينكر الزوج المظلوم على تلك الخطبة المنشوشة عند ظهور الأمر له ، ويرفض الاختلاط مع من غش فيه . ويقول شارح الخلاصة القانونية في هذا الصدد إن هذا الأمر نادر لأن الخطيب يرى الخطيئة ولا يقبل الزواج إلا بعد الاتفاق . ولكن إذا حصل النش تمسح الزيجة ويتكلف الناش بما يترتب على ذلك من الأضرار (شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوتاؤوس عوض ، المرجع السابق ص ٦١) . والتلط المقصود في هذه الحالة إنما هو غلط في الشخص .

ولا يختلف الحكم في شأن هذه الحالة لدى باقي الطوائف الأرثوذكسية الأخرى بصفة عامة . ونجيز المادة ٨ من مجموعة السريان « الفسخ » بسبب التلط في هذه الحالة ، على غرار ما جاء في الخلاصة القانونية سابقاً ، وعلى أن يكون التلط نتيجة النش أيضاً ، أنظر أيضاً المادة ٨٢ سريان . وانظر كذلك المادة ١٧ من مجموعة الارمن حيث تنص صراحة على التلط في شخص المتعاقدة دون استزمام أن يكون نتيجة النش . ولهذا إذا كان التلط تلقائياً يتد به . ولا يخرج ما جاء بالنسبة لقروم عما جاء بالنسبة للأرثوذكس بصفة عامة (أنظر المادة ١/ب بالنسبة لصروط إنشاء الزواج إذ تنص على أن الزواج لا يثبت إذا كان هناك « خطأ أو غش » .

ومهما يكن من الأمر ، فانه إذا تصورنا قيام الغلط في هذه الحالة من الناحية النظرية ، إلا أنها صورة نادرة ، بل وقد تكون مستحيلة من الناحية العملية .

(٢) الغلط في الصفة : *L'erreur sur une qualité de la personne* : الأصل أن هذا الغلط لا أثر له على صحة الزواج . ذلك أن صفة الشخص ليست إلا أمراً عرضياً وبالتالي لا يكون هناك عيب جوهري . فالغلط لا يعتبر جوهرياً طالما أنه لم يقع في الشخص . وعلى ذلك إذا اعتقد أحد الزوجين أن الآخر تتوفر فيه صفات معينة ثم اكتشف أنها غير موجودة ، كان الزواج صحيحاً . فمن تزوج فتاة على أنها عذراء ، طاهرة ، شريفة ، غنية ، ذات خلق حميد ، ثم وجدها غير ذلك ، فإن زواجه يبقى صحيحاً ، مع أن ذلك في نطاق العقود العادية قد يؤدي إلى البطلان . ذلك أنه إذا أبطل الزواج بسبب الغلط في صفة من صفات الشخص على هذا النحو ، كان ذلك مصدراً لمنازعات دائمة ، وعدم استقرار بالتسبة لنظام الزواج نفسه . والأمر هنا على خلاف الحظبة ، لأن الزواج في الأصل رباط غير قابل للانحلال^(١) .

هذا هو المبدأ العام فيما يتعلق بالغلط في الصفة ، إلا أن القانون الكنسي يدخله مع ذلك في الاعتبار ، في حالات معينة ، على خلاف بين القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة .

فبالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، نجد أن الغلط في الصفة يدخل في الاعتبار في حالة ما « إذا وقع غش في شأن بكاراة الزوجة ، بأن أدعت أنها بكر وثبت

(١) أنظر في هذا المعنى : Galtier : السابق ١٩٤ ؛ De Smet ، السابق ، ص ٨٠٤

أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل^(١) . ولابد أن يكون النقط في الصفة هنا نتيجة غش حتى يمكن إدخاله في الاعتبار . والاصل أن الغش أو الطرق الاحتيالية التي يقوم بها أحد الطرفين في الزواج لا أثر لها ، مهما ترتب عليها من نتائج ؛ لأن هذا أمر طبيعي لا مفر منه بالنسبة لكل زواج . إلا أن الأقباط الأرثوذكس يدخلونه في الاعتبار إذا وقع في بكاره الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل . والغش في هذه الحالة قاصر على مجرد ادعاء الزوجة البكاره أو الخلو من الحمل ، على خلاف الحقيقة . فإذا تبين فيما بعد أن الزوجة لم تكن بكراً ، ولم يكن الزوج يعلم ذلك من قبل ، كان له طلب بطلان الزواج . إنما يشترط لذلك أن يثبت أن بكارتها قد أزيلت بسبب سوء سلوكها . أما إذا كانت إزالة طبيعية أو إثر حادث أو عملية جراحية ، فلا يحكم بطلان الزواج . ويجب في هذه الحالة التثبت دائماً ، إذ ليس وجود البكاره أو زوالها دليلاً على العفة أو الفسق ، ويرجع في ذلك دائماً إلى رأي المختصين من رجال الطب الشرعي^(٢) ، وإذا ادعت الزوجة خلوها من الحمل وثبت أنها حامل يكون للزوج أيضاً طلب بطلان الزواج ، والحكمة من ذلك واضحة وهي منع اختلاط الأنساب^(٣) .

(١) المادة ٣٦ و ٣٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

(٢) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوتاؤس عوض ، السابق ، ٦٦ ، ٦٢ والمهامش .

(٣) لكن ما الحكم إذا كانت الزوجة لا تعلم غشاً بحالة الحمل ؟ الوضع الغالب هو أنها تعلم على الأقل أن بكارتها قد أزيلت ، وهذا يكفي لتطبيق الفرض الأول بالنسبة لبكاره ، ويثنى عن البحث عن حالة الحمل ، متى ثبت ، بطبيعة الحال أن إزالة البكاره كانت بسبب سوء السلوك . لكن قد يتصور بقاء الفتاة بكراً أو قد تزال بكارتها بسبب آخر غير سوء سلوكها =

هاتان هما الحالان اللتان نص عليهما بالنسبة للاقباط الأرثوذكس، وهما حالة البكارة وحالة الحمل، ولا بد أن يكون الغلط نتيجة غش الزوجة، فلا يدخل الفش في الاعتبار إلا إذا أدى إلى غلط في هاتين الصفتين^(١).

== ومع ذلك تكون حاملا لسبب أولآخر. فما الحكم إذا ادعت خلوها من الحمل وهي حامل في هذه الحالة ولا تعلم بحملها ولم يكن في استطاعتها أن تعلم؟ يمكن القول في هذه الحالة بعدم إبطال الزواج، لأن الزوجة لم تكن تعلم بحالة الحمل حينما ادعت خلوها منه، وذلك على مدى القواعد العامة في هذا الخصوص. والواقع أنه لا يتصور عدم علم الزوجة في الفرضين المنصوص عليهما - وهما ادعاء البكارة والخلو من الحمل - إلا في حالة الحمل على نحو ما بينا. أنظر أيضا، حلمي بطرس، المرجع السابق، ص ١٩٣ - ١٩٥.

(١) وقد ذكرت في الخلاصة القانونية حالات أخرى لفش في الدين، كمن يتراعى أنه مسيحي وبعد الاقتران يظهر الأمر على خلاف ذلك، وهذا موجب للفسخ على الوجه المذكور في الخلاصة. وقد يكون الفش من جهة الزيجة، كمن يكون متزوجا في جهة ويدعي العزوبة في جهة أخرى حتى يتزوج زيجة ثانية، وهو أيضا موجب للفسخ بعد التحقيق الشرعي، فضلا عن وقوع الدلس في هذه الحالة تحت طائلة قانون العقوبات. وقد يكون الفش كذلك من جهة الرقبة، كمن تكون رتبته الدينية مانعة له من التزوج ويخفيها برغبة في الزواج. (أنظر في كل هذا المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية وشرحها لجرجيس فيلوتاؤس عوض. وأنظر أيضا حكم محكمة دمنهور الابتدائية في ١٠/٤/١٩٥٦ قضية رقم (١) لسنة ١٩٥٦ كلى مشار إليه في المرجع أصالح حتى جزء ٩، الطبعة الأولى وبصفة خاصة ص ٢٩٧ - ٢٩٨ رقم ٧).

هذا ويراعى أن الطوائف الارثوذكسية الأخرى لا تختلف في مجموعها عما جاءت به القواعد الخاصة بالاقباط الارثوذكس. فقد نصت المادة ١٧ من مجموعة الأوامر على حاشي الفش في البكارة والخلو من الحمل. أما عند السريان فقد توسعت قواعدهم بالنسبة للغلط في الصفة وهي تكاد تطابق ما جاءت به المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية لاقباط الأرثوذكس (أنظر المادة ٨٠ وما بعدها من مجموعة السريان، والغلط في الصفة عندهم يدخل في الاعتبار بسبب الفش سواء كان من جهة الدين أو الخطبة أو البكارة أو الارتباط بالزيجة، أو من جهة الرتبة أو السن (انظر المادة ٨٠)، مع مراعاة أن الفش في الخطبة يؤدي إلى الغلط في الشخص (انظر رقم ٨٢). وانظر المادة ٨١ حيث ذكرت حكم الفش في البكارة، وحكمها كلاقباط، والمادة ٨٣ ذكرت حكم الفش من جهة الدين. والمادة ٨٤ ذكرت حكم الفش في الرتبة والمادة ٨٥ ذكرت حكم الفش في الزيجة، وانظر كذلك المادة ٨٦. أما بالنسبة للروم الارثوذكس، فقد اكتفت المادة ١٥ من القواعد الخاصة بالزواج ==

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فالأصل — كما رأينا — هو عدم الاعتداد بالغلط في صفة من صفات الشخص ، ولو كانت هذه الصفة هي سبب التعاقد . ولكن الغلط في الصفة يدخل في الاعتبار ويؤدي إلى بطلان الزواج في حالتين ، حالة ما إذا أدى إلى غلط في الشخص ، وحالة الحرية . ففي الحالة الأولى إذا أدى الغلط في الصفة إلى الغلط في الشخص نفسه ، فإنه يدخل في الاعتبار وهذا ما جاءت به المادة ٧٤ من الإرادة الرسولية بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية . إذ بعد أن قررت أن الغلط في الشخص يبطل الزواج ، نصت في فقرتها الثانية على أن الغلط في صفة الشخص ، وإن كان سببا للعقد ، لا يبطل الزواج إلا إذا أدى إلى الغلط في الشخص . وبضرب قهء القانون الكنسي أمثلة لهذا النوع من الغلط في الصفة الذي يؤدي إلى غلط في الشخص . من ذلك مثلا حالة ما إذا رحل فرنسي إلى أمريكا منذ مدة طويلة إلا أنه بقي على صلة بأحد أصدقائه في باريس ، وفيما بعد طلب الأمريكي يد ابنة صديقه الفرنسي لابنه . إلا أنه في يوم الزواج تقدم شخص آخر أسمى نفسه باسم ابن الأمريكي متحلا بحاله المدنية . ولما كان الفرنسي وابنته لا يعرفان ابن صديقه الأمريكي إلا عن طريق السماع فقط ، فإن الإبنة التي تريد الزواج من ابن صديق أيها تجيب على أسئلة الكاهن الذي يعقد الزواج بالقبول ، معتقدة أن الشخص الآخر إنما هو ابن صديق أيها . في هذه الصورة

— والطلاق عندهم بالنس على أن الزوج أن يطلب الحكم بطلانه من زوجته « إذا لم يجدها بكرا يوم زواجه » وفي هذه الحالة يلزمه أن يعلن الأمر حالا لسلطة الكنيسة العليا بجهته ، وأن يقوم بإبانتها « - وانظر أيضا المادة الأولى من القواعد الخاصة بهم إذ تنص على أنه يقتضى لانشاء الزواج أن يكون « قبول التامدين على الزواج قبولاً حراً » فلا ينشأ إذا كان هناك إكراه أو خوف أو خطأ أو غش » .

يوجد هناك غلط . إذ أن الفتاة اعتقدت أن الذي تخدم لها هو ابن صديق والدها . هذا الغلط كان من شأنه أن يؤدي إلى الغلط في ذاتية الشخص الذي تتزوجه ^(١) .

والواقع أننا في هذا الغرض وأمثاله نجد أن ذاتية أحد الزوجين قد تكون أقل أهمية في نظر الطرف الآخر من صفة أو أخرى من الصفات التي يتمتع بوجودها فيه ، لدرجة أن هذه الذاتية لا تكون عنده إلا أمراً ثانوياً . وفي الغرض السابق نجد أن الصفة ذات الأهمية الأولى في نظر الفتاة إنما هي كون الزوج ابن صديق والدها ، أما ذاتيته فهي في المقام الثاني . وقد أدى الغلط في الصفة إلى الغلط في الشخص . وكذلك الحال فيما إذا رغبت المرأة التزوج من نبيل أو من ذي منصب هام ، فإن الغلط في صفة النبالة أو في المنصب الهام الذي يحتله الزوج يؤدي إلى الغلط في الشخص ، طبقاً لما يعنيه نص المادة ٧٤ سالف الذكر .

وعلى ذلك إذا ما انصب رضا المرأة مباشرة على شخص معين ، فإن الغلط في صفة النبالة في هذا الشخص لا يبطل الزواج . أما إذا كان القصد المباشر لها هو التزوج من ابن ملك أيّا كان ، فإذا ما قدم لها شخص آخر ليست فيه هذه الصفة ، أي ليس ابن ملك ، فإن الغلط في هذه الحالة الأخيرة وهو غلط في الصفة ، يؤدي إلى غلط في ذاتية الشخص ، ويعتبر الزواج باطلاً ^(٢) .

هذا عن الحالة الأولى الخاصة بالغلط في الصفة .

(١) هذا المثل أورده "Fourmeret" ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(٢) أنظر في هذا : De Smet ، المرجع السابق ، ص ٤٠٩ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا العدد . وأنظر أيضاً : « شارل دوكليرك » : المرجع السابق ، جزء ٣ فقرة ٤٠٦ وخاصة ص ٣٥٧ .

أما عن الحالة الثانية فهي حالة ما إذا تعاقد شخص حر (libre) مع آخر يعتقد أنه حر ، مع أنه عبد (esclave) . في هذه الحالة يوجد غلط في صفة من صفات الشخص وهي الحرية ، بحيث لو علم المتعاقد الآخر حقيقة الأمر ما أقدم على التعاقد . والواقع أنه إذا كان مثل هذا الفرض لا قيمة له ، فظراً لافناء الرق ، إلا أن من المتصور حدوثه ، لأن القانون الكنسي — كما قيل — يمكن أن يجد مجالا للتطبيق في العالم أجمع ^(١) .

ويراعى أنه بالنسبة للطوائف الكاثوليكية لا يشترط أن يكون الغلط ناتجاً عن غش كما هو الحال بالنسبة للأرثوذكس على النحو السابق بيانه .

ب - **الغلط في القانون (erreur de droit)** : يعرض فقهاء القانون الكنسي لهذا النوع من الغلط بصدد الكلام عن خصائص الزواج ومميزاته الجوهرية . وقد عالجته المادة ٧٥ من الإرادة الرسولية هذا الموضوع فقررت أن مجرد الغلط فيما يتعلق بوحدة الزواج أو عدم قابليته للإلحاح أو في صفته كسر مقدس لا يبطل الرضا بالزواج ، حتى ولو كان هذا الغلط دافعاً إلى التعاقد .

(١) Foureret ، السابق ، ص ١٢٣ .

ويرامى أن المادة ٧٤ من الإرادة الرسولية تقابل المادة ١٠٨٣ من قانون الكنسي الفرنسي . وانظر أيضاً المواد ٦٣ وما بعدها من القواعد التي جمعها فيليب جلاذ بالنسبة للكاثوليك جزء ٥ ص ٣٦٨ ، وكذلك « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٤٠٦ ص ٣٥٧ .

ويدخل الفقهاء التلط في الصفة في الاعتبار كذلك في حالة أخرى وهي حالة ما إذا كانت الصفة شرطاً في العقد ، حتى ولو لم يقع هذا الغلط على الشخص فقد يحدث أن تكون الصفة المطلوبة شرطاً جوهرياً يعلق عليه رضا أحد الزوجين ، وفي هذه الحالة يكون البطلان بسبب عدم تحقق الشرط (أنظر : Galtier ، السابق ، ص ١٩٤ ، و De Smet السابق ص ٤٠٩) . وقارن مع ذلك المادة ٨٣ من الإرادة الرسولية .

قد يتعاقد الطرفان وهما يعتقدان أن الزواج يمكن فصح عروته بالطلاق ، أو أنه يجوز التزوج بأكثر من واحدة ... ، وقد يكون هذا دافعا لها إلى الزواج ، فيعتبر النلط في هذه الحالة سببا للتعاقد ولولاه ما أقدما عليه . ولكن مثل هذا النلط لا أثر له ، ولا يقال إنه لو علم أحد الطرفين الحقيقة ما ارتبط بالزواج . فإذا كان الأمر يتعلق بمجرد غلط وقع فيه شخص يريد الزواج ، دون أن يهتم بطبيعته وخصائصه الجوهرية ، لا يكون الرضا معيبا ، حتى ولو كان النلط سببا للرضا ، بحيث أنه ما كان يقبل لو حضرته فكرة عن الزواج بخصائصه التي تعطياها له الكنيسة ، وهي الوحدة وعدم القابلية للانحلال وأنه سر مقدس^(١).

١٠٢ - ثانيا : الإكراه (La violence) : يعتبر الإكراه عيبا من عيوب الرضا في الزواج . ولكن الإكراه الذي يمكن إدخاله في الاعتبار كعيب في الرضا ، ليس الإكراه الحسى (violence physique) ، بل الإكراه النفسى أو المعنوى (violence morale) . ذلك أن الإكراه الحسى أو المادى أمر نادر الوقوع ، ولا يمكن تحقيقه إلا إذا تصورنا إرغام أحد الزوجين على التعبير عن رضاه عن طريق دلالاة تؤدي إلى ذلك كإحناؤه رأسه بالقوة ، وهذه حالة خيالية نادرة ، وخاصة إذا راعينا أن الزواج يتم أمام رجل الدين بحضور الطرفين

(١) ومن الواضح أن المتعاقد إذا رضى هذه الخصائص الجوهرية للزواج عند العقد ، وبشكل إيجابى ، فإن الرضا الذى صدر عنه في هذه الحالة لا يعتبر رضا بالزواج ، أى أن الزواج لا تقوم له قائمة ، ويعتبر باطلا (أنظر المادة ٧٧ فقرة ٢ من الإرادة الرسولية — وانظر أيضا : Galtier ، السابق ص ١٩٩ ، و Fournoret ، السابق ، ص ١٢٣-١٢٤)

هذا ، ويعتبر الرضا قائما كذلك في الحالة التي نصت عليها المادة ٧٦ من الإرادة الرسولية (أنظر أيضا المادة ١٠٨٥ من القانون الكنسى الفرنى ، و « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٤٠٧ و ٣٥٨ . و Fournoret ، السابق ص ١٢٤ .

واتباع الاجراءات الشكالية التي يتطلبها القانون ^(١) .

أما الاكراه النفسى أو المعنوى ، فهو يؤثر بطريق غير مباشر على الإرادة عن طريق الرهبة أو التهديد بمخطر مادى أو معنوى حال أو مستقبل .

وقد عالج القانون الكنسى ، بالنسبة للمذاهب المختلفة ، عيب الاكراه . فنصت القواعد الخاصة بالأقباط الارثوذكس على أنه « إذا كان الزواج بغير رضا الزوجين أو أحدهما رضاء صادرا عن حرية واختيار ، فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه » ^(٢) .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية ، فقد نصت المادة ٧٨ من الإرادة الرسولية على أنه : « ١- لا يصح الزواج المفقود عن قسر (violence) أو خوف شديد (crainte grave) ، توقعه - دون حق - علة خارجية لإكراه أحد الطرفين على الرضا . ٢- كل خوف غير هذا ، سبب لإبرام العقد ، لا يلازمه

(١) وقد قيل إن الاكراه الحسى لا يتصور من الناحية العملية إلا فى حالة الزواج من طريق الوكالة فى الحدود التى يسمح فيها بمثل هذا الزواج عند من يبيعه . ويكون ذلك إذا أعطيت الوكالة نفسها تحت سلطان الاكراه (شارل دوليكريك) المرجع السابق بإشراف « ناز » ص ٣٦٠ هامش ١) . إلا أنه فى مثل تلك الصورة يكون الإكراه عيبا من عيوب الرضا بالنسبة لوكالة ذاتها .

(٢) مادة ٣٦ و ٣٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ ولا تختلف الأحكام الخاصة بطوائف المذهب الارثوذكسى فى مجموعها ، عما جاء بالنسبة للأقباط الأرثوذكس . فقد جاء فى المادة الأولى من لائحة الزواج والطلاق للروم الأرثوذكس أنه يقتضى لإنشاء الزواج أن يكون « قبول القادمين على الزواج قبولاً حراً » فلا ينفأ إذا كان هناك إكراه أو خوف أو خطأ أو غش » كما نصت المادة ١٧ من مجموعة الأرمن على أنه « إذا عقد الزواج بغير رضا الزوجين أو بغير رضا أحدهما » فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه » . وهذا هو ما يتطابق أيضا بالنسبة لسريان .

بطلان الزواج « (١) » .

ومن استعراضا للنصوص السابقة يتبين أنه يشترط صدور الرضا عن حرية واختيار ؛ فلا يصح الزواج إذا عقدت تحت تأثير الإكراه أو الخوف الشديد . وقد أتت النصوص مختصرة بالنسبة للأثر توذكس ، فلم تفرق ، كما هو الشأن بالنسبة للكاثوليك ، بين الإكراه الذي يبطل الزواج ، والإكراه الذي لا يترتب عليه هذا الأثر ، كما أنها لم تذكر الشروط اللازمة للإكراه أو الخوف لكي يبطل الزواج . ولذلك يمكن الرجوع في تفسير الإكراه ، من حيث توافر العناصر اللازمة لقيامه باعتباره عيبا في الرضا ، إلى ما أوردهت الإرادة الرسولية مفصلا بالنسبة للإكراه . والإكراه لا يدخل في الاعتبار ويترتب عليه أثره في جميع الحالات لدى الكاثوليك . فقد اشترطت الإرادة الرسولية في الخوف أو الرهبة التي ينشأ عنها البطلان شروطا معينة ينبغي توافرها حتى يمكن إبطال الزواج . وكل خوف آخر لا تنطبق عليه الشروط المطلوبة لا يدخل في الاعتبار ، وبالتالي لا يؤدي إلى بطلان الزواج . ومعنى ذلك أنه قد يتصور أن يكون هناك رضا بالزواج مع وجود إكراه أو خوف ، طالما لم تتوافر الشروط اللازمة لقيام الإكراه بالمعنى الذي يتطلبه القانون . فالخوف الذي يبطل الزواج يكون في حالات محدودة ،

(١) ويقابل المادة ٧٨ بالنسبة للكاثوليك العرقيين ، المادة ١٠٨٧ في القانون الكنسي الفرنسي . وقد جاء حكم الإكراه في المواد ٩٦ وما بعدها من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيلب جلاذ « (جزء ٥ ص ٣٨٠) » نصت المادة ٩٦ على أنه « يبطل الزواج المحصل تحت الخوف الشديد » . ونصت المادة ٩٧ على أنه « لا يعتبر الخوف شديدا إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية : ١ - صدور من علة خارجية ذات حرية . ٢ - إيقاعه بغير حق ٣ - أن يكون إيقاعه بقصد الإلجاء إلى عقد الزواج » . ونصت المادة ٩٨ على أن « الخوف الخفيف وإن وقع بغير حق لا يبطل عقد الزواج » ، أنظر الصفحة المذكورة .

وينبغي أن تتوافر فيه شروط معينة تتولاها بالشرح والبيان فيما يلي ، وهي لا تخرج في مجموعها عن القواعد العامة في الاكراه .

١ - فينبغي أن يكون هناك خوف شديد (Crainit Grave) : وتعتبر جسامة الخوف من المسائل النسبية ، وينظر فيها إلى السن والجنس وحالة الأشخاص ولكن هناك من الحالات ما يعتبر الضرر فيها جسيماً بالنسبة للكافة كالتهديد بالموت أو النفي أو فقد الحرية أو المركز الاجتماعي أو كل الأموال ... ففي كل هذه الحالات يوجد خطر جسيم يولد في نفس الشخص - أي شخص - رهبة من شأنها حله على التعاقد ودفعه إلى إبرام الزواج ، مع أنه لا يمكن قبول إتمام هذا الزواج في الوضع العادي ، لو لم يكن هناك تهديد تولد عنه هذا الخوف .

على أنه لا يلزم في غالب الأحيان أن يكون الخوف المتولد عن الاكراه على هذه الدرجة من الجسامة ، ويكفي أن تكون هناك رهبة أثرت على الإرادة فدفعتها إلى التعاقد ، مع مراعاة الظروف الشخصية للتعاقد .

والأصل أن مجرد النفوذ الأدبي *la crainte révérentielle* الصادر عن أشخاص يدان لهم بالخضوع كالوالدين ، لا يكفي لتوليد الخوف الشديد المكون للاكراه . فالخوف من إيلاام الوالدين أو عدم تقديم الاحترام اللازم لهما عن طريق مخالفتها ، ليس من شأنه أن يولد الخوف أو التهديد بضرر جسيم ومعنى آخر فإن مجرد النفوذ الأدبي الذي من شأنه حمل الولد على الزواج ، حباً واحتراماً لوالديه ، وحتى لا يكون سبباً في إيلاامها أو إيلاام من لهم عليه سلطان من أقاربه ، لا يكون بذاته وفي الوضع العادي للأمور ، خوفاً أو تهديداً شديداً . ومع ذلك ، فإنه يمكن أن يتولد عن النفوذ الأدبي إكراه ، إذا أدخلت في الاعتبار ظروف خاصة ، كالتهديد أو سوء المعاملة أو اللجاجة المفرطة في الرجاء

والترغيب التي تصاحب النفوذ الأدبي ، بحيث يكون الأمر في البداية مجرد نفوذ أدبي ثم ينتهي إلى إكراه .

ولا جدال في أن الإكراه لا يتولد إذا كان التهديد الذي يصاحب النفوذ الأدبي غير جدي ، وكان ضحية التهديد لا ينظر إليه نظرة جدية ؛ وهذه أمور يرجع فيها دائماً إلى كل حالة على حدة . والمهم هو أنه لكي يكون هناك إكراه ، فإنه يلزم ألا تكون إرادة الشخص متمتعة بكامل الحرية والاختيار ^(١) .

٢- أن تنشأ الرهبة والخوف عن سبب خارجي (La crainte doit venir de l'extérieure) : فإذا تم الزواج تحت تأثير التهديد الصادر من نفس الشخص عن طريق تأنيب الضمير أو الخوف من عذاب الجحيم ، فلا توجد الرهبة التي يقصدها القانون الكنسي ، مع أن الرهبة في مثل هذه الحالة قد تكون أشد تأثيراً على النفس من أية رهبة أخرى ، وخاصة لدى بعض الأشخاص . وهذا هو الشأن فيما يتعلق بأية رهبة تبعثها الأحداث الخارجية في نفس الشخص ودون أن تساهم في ذلك إرادة حرة لشخص آخر ^(٢) .

(١) أنظر في هذا : Fournerey ، السابق ، ص ١٢٨ - ١٢٩ ، و De Smet ، السابق ، ص ٤١٤ - ٤١٥ ، ويقول فيليب جلاد ، السابق ، ص ٣٨٠ بالهامش « كذلك يبطئ الزيجة خوف الضرر التتبعي المسكن حدوثه » لأنه يزيل الاختيار الكامل ، وأن « الخوف الحثيف ولو سلك ظلاً لا يبطئ الزيجة لأنه لا يدم من صاحبه قوة الاختيار » (هامش ص ٣٨١) .

(٢) فن فقدت كل مؤازرتها وكل مصادر ثروتها في الحياة ، ما مصيرها لو لم تزوج ! هي تصور أنها تهرب من كل المخاطر التي تهددها إذا ما تزوجت . فالتهديد في هذه الحالة صادر من نفسها وليس من إرادة غير إرادتها ، ومما كانت الرهبة جسيمة ، لا تعتبر عيباً في الرضا تخول لها الحق في طلب إبطال الزواج الذي تمخذه في مثل تلك الظروف . وأنظر كذلك فيليب جلاد ص ٣٨١ بالهامش حيث يقول إنه « يلزم أن مصدر الخوف التتبعي يكون شخصي لا شيء . أي علة طبيعية ، مثل من يفترج في ساحة الموت خوفاً من القصص الإلهي » .

٣- أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد دون حق (doit être injuste) : وينبغي في هذا الشأن ألا يدخل في الاعتبار إلا الرهبة التي أوحى بها بطريقة إيجابية (inspirée positivement) من إرادة حرة بقصد حل التعاقد على الزواج . فالرهبة التي تولد لدى فتاة من غضب والدها ، وما قد يترتب على ذلك من مضايقات ، دون أن يوحى الأب نفسه بهذه الرهبة بطريق إيجابي لا تدخل في الاعتبار .

وتعتبر الرهبة دون حق إذا لم يكن لمن أوحى بها الحق في تنفيذته بداته ، أو إذا كان من تولت لديه الرهبة غير ملزم بالزواج من حيث الضمير (mariage en conscience) (كالإلزام شخص إزاء فتاة اتصل بها جنسياً قبل الزواج) . فإذا كان لمن صدر منه ، الإكراه الحق في إيقاع تهديداته ، تعتبر الرهبة بحق ، ولا تكون الإكراه ، حتى ولو كانت هناك مبالغة في الطريقة التي يطلب بها الزواج أو التي تستعمل في التهديد ^(١) .

وعلى ذلك تعتبر الرهبة بحق إذا أعطى الخيار لمن غرر بفتاة وتحت التهديد بإبلاغ القضاء - بين الزواج بها أو دفع مبلغ مناسب كهر لها . أو إذا ما طلب من رجل أن يتزوج بفتاة غرر بها تحت تأثير الوعد بالزواج .

وتعتبر الرهبة بدون حق إذا ما طلب من رجل واقع أنثى برضاها ، أن يتزوجها ، وكان هذا الطالب إما مطلقاً وإما مشروطاً (مع الخيار بين الزواج أو التزام آخر) ^(٢) .

(١) ويقول فيليب جلاذ إن « الخوف المتزل جعل ولو كان قليلاً لا يطل الزيجة مثل الخوف من الحرم الكنائسي أو النصاص المتزل من القاضي عدلاً » (السابق ص ٣٨١ هامش)
(٢) أنظر في هذا : De Saet ، السابق ، ص ١٦٦ ، و Pournet ، السابق ،

٤ - أن يكون التهديد بقصد حل المكره على الزواج : أى أنه ينبغي أن يكون التهديد بالخطر الجسيم الذى يشه الغير فى نفس المتعاقد المكره دون حق بقصد حل هذا الأخير على الرضا بالزواج . ويستبر أن الرضا قد انتزع عن طريق الرهبة والخوف ، إذا كان لا يمكن التخلص من الضرر المهدد به إلا بعقد الزواج .

هذه هى الشروط المستلزمة لقيام الاكراه فى الصورة التى أدخله القانون الكنسى فيها فى الاعتبار وجعل منه سببا للعلن فى الزواج على أساس عيب الاكراه . ومن استعاضنا لهذه الشروط يتبين لنا أن الرهبة التى تبحث فى نفس المتعاقد على درجات مختلفة ، منها ما يدخله القانون فى الاعتبار ومنها ما ليس كذلك . والمهم فى هذا الصدد هو أن تتوافر فى الرهبة الشروط التى يتطلبها القانون الكنسى ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط ، لا يؤدى الاكراه إلى بطلان الزواج ، حتى ولو كان سببا فى إبرام العقد ^(١) .

١٠٣ - الخطف (Le rapt) : ويمالج قضاء القانون الكنسى الخطف بين الموانع المبطلّة للزواج والتى تقوم على عيوب الرضا ، وذلك جريا على ما اتبعوه بالنسبة لعيوب الرضا الأخرى ^(٢) . ولما كان الفرض من هذا المانع أيضا هو حماية الرضا نظراً لما يصاحبه من إكراه . فالتنازل عنه فى إيجاز عقب دراستنا للاكراه ، نظراً للارتباط بينهما .

ولم تتعرض الطوائف الأرثوذكسية لهذا الموضوع ، ولهذا لا يعتبر الخطف

(١) أنظر المادة ٢/٧٨ من الإرادة الرسولية ، - وكذلك Fournet ، السابق ، ص ١٢٢ . - هذا ونرجى الكلام عن حكم بطلان الزواج فى هذه الحالة وطبيعة هذا البطلان إلى ما بعد ، عند الكلام عن بطلان الزواج بصفة طمة .

(٢) أنظر فكرة تاريخية عن الخطف فى Fournet ، السابق ، ص ٢٤٣ ومايلها .

في ذاته ماننا من الزواج ولا عيا في الارادة ، إلا إذا صاحبه إكراه من شأنه أن يجعل رضا المخطوفة بالزواج معييا غير صادر عن حرية واختيار ، وفي هذه الحالة تطبق الأحكام الخاصة بالإكراه على النحو السابق . وهذا ما يمكن القول به أيضا بالنسبة للانجيليين الذين لم يذكروا شيئا عن الخطف .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فقد عالجت الارادة الرسولية للطوائف الشرقية هذا الموضوع في باب الموانع المبجلة في المادة ٦٤ منها^(١) .

والمراد بالخطف أخذ المرأة جبراً عنها من مكان آمن إلى غيره ، حيث بقي محبوسة تحت ولاية الخاطف بنية إبرام عقد الزواج^(٢) . ويفرق بين نوعين من الخطف : الخطف بالإكراه (le rapt de violence) وهو الخطف بالمعنى الحقيقي ، والذي يتم ضد رغبة المرأة المخطوفة ، والخطف بالإغراء (le rapt de séduction) ، وهو الخطف الذي يتم برضا الفتاة نفسها ، وإنما يكون ذلك ضد رغبة والديها أو من كانت تحت سلطانه^(٣) .

ويلزم لكي يدخل الخطف في الاعتبار هنا أن تتوافر شروط معينة : فلا بد أولاً من أن تنتقل المرأة المخطوفة من مكان إلى آخر ؛ وأن يكون الباعث على خطفها قصد التزوج بها لا غير ؛ وأخيراً ينبغي أن يقع الخطف جبراً عن المرأة بشير رضاها .

١ - فيشترط أولاً أن تنتقل المرأة المخطوفة من مكان إلى آخر : فإذا لم

(١) وهذا النص يقابل المادة ١٠٧٤ من القانون الكنسي الفرنسي .

(٢) المادة ١١٢ من القواعد الخاصة بالكاثوليك ، فيليب جلاد ، جزء ٥ ص ٣٨٦ .

(٣) De Smet ، السابق ، ص ٤١٩ ، فيليب جلاد ، السابق هـامش ،

تنقل من مكان إلى آخر لا يكون هناك خطف ، وقد يكون هناك حبس Séquestration ، ويكفى أن تنقل إلى مكان آخر ، ولو غير بعيد ، بشرط أن يكون الانتقال من مكان أمين إلى آخر غير أمين بالنسبة لها .

وقد أثير الكلام حول مسألة حبس المرأة فقط مع الضغط على إرادتها ، هل يعتبر ذلك في حكم الخطف ، طالما غلت المرأة محبوسة عنوة تحت سلطان من حبسها . فالمرأة في هذه الحالة لم تؤخذ بالقوة ، بل وجدت — لسبب أو لآخر — في مكان لا تستطيع الخروج منه ، ألا يمكن القول في هذه الحالة بأن هناك خطفاً ، ولو أنه لم يحصل أخذ المرأة بالقوة ؟

تعرضت المادة ٦٤ من الإرادة الرسولية لحكم هذه الحالة قررت في وضوح أن هذا يعادل الخطف تماماً ، على أن يتم ذلك عنوة وبقصد الزوج ، وهذا ما يتضح من النص ، إذ يقرر : « فيما يخص بطلان الزواج ، يعادل الخطف ضبط (la détention) المرأة عنوة ، أى إذا ضبط الرجل المرأة عنوة ، بقصد الزواج في المكان الذى يقيم فيه أو الذى قصدته بحريتها » .

ولم يفصل النص السابق في الحالة التى لا يوجد فيها إلا تدليس بدون إكراه ، وهو ما يسمى بالخطف مع الاغراء (séduction) ، وهى الحالة التى تجتذب فيها فتاة تحت ادعاء كاذب إلى مكان ما . كنطقة بعيدة مثلاً ، فتذهب إليها في حرية وتوافق على الزواج . ويرجح فقهاء القانون الكنسى في هذه الحالة أن المانع لا يقوم . وعلى أية حال فإن الامر محل شك ، وطالما أن الإرادة لم تكن محلاً للتسلط من الرجل ، وتمتع بحريتها ، فلا يمكن القول بالبطلان في هذه الحالة^(١) .

(١) أنظر « شارل دوكليرك » ، السابق ، جزء ٢ ، ص ٣٤٤ .

وإذا تعلق الأمر بفتاة قاصر ، هربت بحريتها مع خاطفها ، لكن رغم إرادة والديها أو القوام عليها ، وبدون علمهم ، ودون أن يكون هناك تمديد سابق لزواج أو عقد خطبة بينها وبين من أخذها ، فهناك قرينة ضد حرية الرضا ويفترض قيام المانع من الزواج . ويرى البعض أن إقامة القاصر خارج سلطان والديها أو القوام عليها يمكن تشبيهه بالحبس^(١) .

٢ - ويشترط ثانياً أن يكون الباعث على الخطف هو الزوج بالمخطوفة (dans le but de mariage) وعلى ذلك فانه لا يكفي مثلاً أن يقع الخطف بقصد اغتصاب المرأة . وقرر القضاة الكنسيون في هذا الصدد أنه في كل حالة يوجد فيها خطف ، ينبغي أن يفترض أنه يتم بقصد الزواج . والقرينة هنا قبل إثبات العكس .

وقد فرق البعض هنا بين خطف امرأة شريفة وخطف امرأة سيئة السلوك . والواقع أن نص الإرادة الرسولية في هذا الشأن لا يفرق بين الحالتين ، فهو يتكلم عن «الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد النزوج منها» (مادة ١٦٤/١) ولهذا فانه لا محل للترقة ، تشبهاً مع ما جاء به النص في هذا الصدد^(٢) .

٣ - وينبغي أخيراً أن يقع الخطف جبراً عن المرأة وبغير رضاها : والخطف لا يقع إلا على امرأة فلا يكون هناك خطف إذا ما وقع من امرأة على رجل . ويقع الخطف على امرأة حتى ولو كانت سيئة السلوك أو حتى لو كانت مخطوبة للخاطف ذاته . ويشترط أن يتم ذلك بغير رضاها ، أى أن تكون المرأة مكرهة ، ويتم ذلك جبراً عنها .

(١) المرجع السابق في الصنعة نفسها . - وكذلك : De Smet ، السابق ص ٤٢٠ .

(٢) Fourneret ، السابق ، ص ٢٤٥ .

١٠٤ - **آثار الخطف** : إذا تم الخطف ، « فلا يمكن - طبقاً لنص المادة ١/٦٤ من الإرادة الرسولية - أن يقوم زواج بين الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد الزواج منها ، مادامت في حوزة الخاطف » . وهذا المانع من الزواج يكون بالنسبة للمعرض على الخطف بقصد تزوجه ، لا بالنسبة لشريكه إذا كان معه شريك .

ويظل المانع قائماً بين الخاطف والمخطوفة طالما بقيت المخطوفة تحت سلطة الخاطف ، ولو تزوجها برضاها وهي تحت سلطته ، أى طالما بقيت في حوزته . ولا يكفي أن تتمتع بالحركة والحرية في نفس المكان الذى قادها إليه خاطفها . وهذا المانع لا يزول إلا إذا توقفت أو انتهت الحالة التى نشأت عنه وذلك « إذ فصلت المرأة المخطوفة عن خاطفها ووضعت في مكان أمين حر ، فرضيت بالزواج »^(١) فالمانع يزول من الوقت الذى تفصل فيه المخطوفة عن خاطفها وتوضع في مكان أمين حر . ومن جهة أخرى ، فانه يظل قائماً طالما بقيت المخطوفة تحت سلطة خاطفها حتى ولو رضيت في حرية تامة بالزواج . ومن هنا يبدو لنا الفارق واضحاً بين المانع المبطل المترتب على الخطف ، والمانع المبطل المترتب على الاكراه والرهبة . ففي حالة الخطف يظل المانع حتى مع وجود رضا حر ، وليس هذا هو الحال بالنسبة للاكراه والرهبة^(٢) .

(١) المادة ٢/٦٤ من الإرادة الرسولية ، وانظر كذلك المادتين ١١٥ و ١١٦ من القواعد الخاصة بالكاثوليك ، فيليب جلاذ ، السابق ، ص ٣٨٨ .
(٢) هذا وقد يتور التنازل بالنسبة للخطف فيما يتعلق بالخطبة التى تعدد والمخطوبة تحت ولاية الخاطف . قد يقال إنها لا تصح بناء على أن الحرية شرط في الخطبة كما في الزواج . ولكن يرجع أنها تصح ، لأن الخطبة قابلة للقفسخ ، ولذلك فان الحاجة إلى الحرية في التعبير عن الإرادة بالنسبة لها أقل منها بالنسبة للزواج (انظر ، فيليب جلاذ السابق ، ص ٣٨٧) . ومن ناحية أخرى فان النصوص الخاصة بالخطف لم تذكر إلا الزواج ، كما أن المساجة إلى البطلان تتور في ظل الزواج الذى يحتاج إلى حرية تامة في التعبير عن الإرادة ، لأنه وباط غير قابل للألحاح .

ويخضع بطلان الزواج في حالة الخطف لنفس القواعد التي تسرى على
البطلان بسبب الاكراه ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد .

هذا ، ويراعى أخيراً أن قانون العقوبات ينص على أن « كل من خطف
بالتحليل أو الاكراه أنثى يبلغ سنها أكثر من ست عشر سنة كاملة ، بنفسه
أو بواسطة غيره ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن » ، أما « إذا
تزوج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعيا ، لا يحكم عليه بعقوبة ما » ^(١) .

ثانياً: موانع الزواج

les empêchements de mariage

١٠٥ - موانع الزواج بصفة عامة وتقسيمها لدى الطوائف المختلفة :

رأينا فيما سبق أن للزواج شروطا موضوعية وأخرى شكلية . وقد تكلمنا
عن الشرط الأول من الشروط الموضوعية وهو الرضا ، ونعالج فيما يلي الشرط
الثاني وهو عدم وجود مانع من موانع الزواج . والموانع التي نص عليها القانون
الكنسي متعددة ، وتختلف باختلاف المذاهب المسيحية ، وإن كانت أحكامها
تكاد تتقارب في المذاهب جميعها .

والمانع بصفة عامة هو كل ظرف أو سبيل من شأنه أن يجعل الزواج باطلا
أو محرما . أو هو واقعة معينة تثار عقبة في سبيل قيام الزواج ^(٢) .

ويمكن تقسيم الموانع إلى موانع مؤبدة (Perpetuels) وموانع مؤقتة
(temporaires) : فالموانع المؤبدة هي التي تكون مبنية على أسباب ثابتة
لا تزول كالقربة ، والموانع المؤقتة هي التي تكون مبنية على أسباب يمكن زوالها

(١) المادتان ٢٩٠ و ٢٩١ من قانون العقوبات .

(٢) أنظر في تعريف الموانع De Smet ، السابق ص ٣٦٥ .

وبزوالها يصح الزواج ، كاختلاف الدين . وهذه الموانع الأخيرة تمنع من الزواج ما دامت موجودة ، ومتى زالت جاز التزويج^(١) .

ومن جهة أخرى يمكن تقسيم الموانع إلى موانع مطلقة (absolus) وموانع نسبية (relatifs) : فالموانع المطلقة هي التي تمنع حصول الزواج بصفة عامة مطلقة ، أو هي الموانع التي يؤدي قيامها بالشخص إلى بطلان زواجه بأى شخص آخر ، وتجعل الزواج باطلا بأى شخص مهما كان ، وذلك كما إذا كان الشخص متزوجا فضلا بزواج سابق لا يزال قائما ، وكالزواج بشخص غير مسيحي . أما الموانع النسبية فهي التي لا تمنع الزواج إلا بالنسبة لأشخاص معينين بالذات ، أو هي التي تبطل الزواج بشخص معين ، كالقربة .

وتقسم الموانع من حيث الأثر القانوني إلى موانع محرمة prohibitifs وموانع مبطلّة (dirimants) : فالموانع المحرمة أو المانعة من شأنها جعل الزواج حراما فقط ، فهي تنهى عنه . ولكن إذا حصل رغم النهى ، لا يعتبر باطلا وإن كان مكروها ؛ أى أن الزواج يعتبر صحيحا وإن كان حراما ديانة ، وذلك كالقربة القانونية (Parenté légale) ، والمذاهب المختلطة . والنذر البسيط (voeu simple) . أما الموانع المبطلّة فهي تجعل العقد باطلا لا ينتج أى أثر ، ولا يلزم لذلك حكم من القاضي اللهم إلا في الحالات التي يتم فيها التعاقد ، إذ يتعين على الطرفين أن يحصلوا على حكم يتخلصان به نهائيا . ومن أمثلة الموانع المبطلّة العجز الجنسي والزواج السابق واختلاف الدين ..^(٢) .

(١) أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية للاينومانوس فيلوتاؤس .

(٢) وقد نصت المادة ٤٩ من مختصر القواعد الأساسية لقوانين الكاثوليكية على أن « الموانع المانعة من شأنها جعل الزواج حراما فقط . وأما الموانع المبطلّة فانها تجعل عقده باطلا وتسه رأسا بحيث لا ينفذ أصلا ، وذلك لفقد أحد الشروط الأساسية اللازمة بالضرورة لانقاده » (فيليب جلاذ ، السابق ، جزء ٥ ، ص ٢٦٢) .

وتنقسم الموانع من حيث الإثبات إلى موانع عامة شائعة (Publics) وموانع مستترة (occultes) : والموانع العامة أو الشائعة هي التي يمكن الكشف عنها وإثباتها أمام القضاء ، والمستترة ما ليست كذلك . ويستبر مانعا شائعا مثلا قرابة الدم الشرعية . أما قرابة الدم غير المشروعة فتعتبر مانعا مستترا^(١) .

وقد عالجت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية المختلفة موانع الزواج ، ومعظم هذه الموانع مشترك بينها . أما بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية ، فقد تكلم الأقباط عن موانع الزواج بسبب القرابة والمصاهرة والتبني واختلاف الديانة أو المذهب ، وقيام زواج سابق ، وبسبب المدة لوفاة أو لفسخ الزواج ، والمجزز الجنسي ، والجنون ، والأمراض الخطيرة أو المنفرة ، وبسبب التطلق لعدة الزنا أو قتل الزوج السابق^(٢) .

== ويرجع السر في تقسيم الموانع إلى موانع محرمة وموانع مبطله إلى أن الكنيسة كانت - فيما يتعلق ببعض الزيجات التي لم لإرامها - تقضى بالتفريق بين الزوجين في بعض الحالات ، أو تفرض مجرد التوبة (Pénitence) في حالات أخرى . ومن هنا ظهر في السل التفرقة بين بطلان الزواج وتحريمه ، أو بين ما سعى بالموانع المبطله والموانع المحرمة .

« شارل دوكليرك » المرجع السابق ، جزء ٢ ، فقرة ٣٦٠ ص ٣٠٩ .

(١) « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٣٦١ ص ٣٠٩ ، De Smet ، السابق ص ٣٦٧ - ٣٦٨ ، وانظر كذلك المادة ٢٧ من الإرادة الرسولية للكانونيك .

(٢) أنظر المادة ٢٠ وما بعدها و ٢١ وما بعدها من مجموعتي ١٩٠٥ و ١٩٢٨ على التوالي .

ولا تختلف القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس كثيراً عن القواعد الخاصة بالأقباط في هذا الشأن . وهي تقسم الموانع إلى موانع قطعية - تمنع الزواج بوجه عام ، وهي ما أسيناهما موانع مطلقة - وموانع نسبية وهي التي تمنع الزواج بالنسبة لأشخاص معينين . وجاء تحت الموانع النسبية (المطلقة) الموانع التالية : (١) قيام زواج سابق . (ب) وجود زواج ثالث سابقا . (ج) الشرطونية والانخراط في سلك الرهبنة . (د) الزواج مع غير المسيحيين . (هـ) المدة لفروجة ومدتها عشرة شهور من فسخ الزواج السابق لوفاة أو طلاق . (و) الزنا ==

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة فقد تكلمت المادة ٢٥ وما يليها من الإرادة الرسولية عن الموانع ، وهي تميز بين الموانع المحرمة والموانع المبطلّة ، وكذلك بين الموانع الشائعة العامة والموانع المستترة . وقد بينت الإرادة الرسولية بعد ذلك أن السلطة الكنسية العليا هي التي تقرر متى يكون هناك منع أو بطلان للزواج ، وأن من حقها أن تقرر موانع أخرى - غير التي ذكرت في الإرادة الرسولية - سواء كانت موانع محرمة أو موانع مبطلّة . وتكلمت بعد ذلك عن الإعفاء أو التفسير من الموانع والسلطات المختصة بذلك وحالاته .. ثم عالجت بعد ذلك الموانع ذاتها في المواد ٤٨ وما يليها بعد أن قسمتها إلى موانع محرمة وموانع مبطلّة كما رأينا . والموانع المحرمة هي : النذر البسيط ، والقرابة القانونية (الناشئة عن علاقة الوصاية أو التبني) ، والمذهب المختلط . أما الموانع المبطلّة فهي مانع السن ، والمعجز الجنسي ، والزواج السابق ، واختلاف الدين ،

بين مرتكبيه إذا كان هناك حكم صدر بشأنه وأثبتته . أما الموانع النسبية فهي : القرابة ، سواء أكانت قرابة بالدم أو بالمصاهرة أو قرابة روحية أو بطريق التبني (انظر المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس) .

هذا ، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٤ على أن للبطريرك في المجمع حق الاعضاء ، فيصرح بالزواج عندما يكون من الزيجات التي لا يحرمها صريحاً قانون مجمع من المجمع المسكونية . كما أضافت المادة ٥ أنه يصرح بزواج الارثوذكس بمسيحي من غير مذهبه إذا توافرت شروط معينة ذكرها النص .

وبالنسبة للأرمن لا تخرج الموانع عما جاء لدى الاتباط ، فهناك مانع الزواج السابق ، والقرابة ، والتبني واتحاد الديانة والمذهب والطائفة ، والمعجز الجنسي ، والعدة (انظر المادة ٥ وما بعدها) .

وبالنسبة للسريان تكلموا عن الموانع في المادة ١١ وما بعدها ، ولا تخرج بصفة عامة عن باقي الأرثوذكس ، والموانع عديم هي : السن والارتباط بزوجة أخرى ، والقرابة ، والطلاق بالنسبة للرجال ، والميوسب المسببة ، وعقافة الايمان ، والسدة (للرجال والرجال) . وهم يدخلون تحت القرابة أربعة أقسام : طبيعية ونسبية وروحية .

وأسلك الدينى ، والنذر الرسمى أو الاحتفالى ، والخطف (وقد سبق الكلام عنه بمناسبة الاكراه) ، والجريمة ، والقرابة بالدم أو المصاهرة ، ومانع الحشمة والآداب العامة ، والقرابة الروحية ، والقرابة القانونية ^(١) .

وأما بالنسبة للانجيليين ، فإن الأحكام الخاصة بهم لم تعالج الموانع بالتفصيل الذى عاجلها به الطوائف الأخرى . وسنشير إلى الحالات التى نص عليها فى مناسبتها ، مع مراعاة إمكان قرب الأحكام التى لم ينص عليها عندهم إلى القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى .

ومما سبق يتبين لنا أن الموانع متعددة متنوعة ، وهى تكاد تتقارب فى القانون الكنسى بالنسبة للطوائف المختلفة . ولهذا فأتانا سندرس موانع الزواج فيما يلى مع بيان أحكام كل منها بالنسبة للطوائف المختلفة وبيان ما هنالك من فوارق بقدر المستطاع . وبهنا يوجه خاص فى صدد البحث فى شروط الزواج أن نتكلم عن الموانع المبطله وحدها ، إذ أن الموانع المحرمة - كما رأينا - وهى التى تشير إليها الإرادة الرسولية ، لا تبطل الزواج ؛ فالزواج معها صحيح وإن كان حراما ديانة ، مع مراعاة أن من بين الطوائف ما يجعل منها موانع مبطله .

وستقسم الموانع المبطله إلى طائفتين : ١ - موانع مبطله مطلقة وهى التى تجعل الشخص غير أهل لإبرام الزواج مع أى شخص كان . ٢ - موانع مبطله نسبية وهى التى من شأنها أن تجعل الشخص غير أهل للزواج من شخص معين أو من طائفة معينة من الأشخاص . مع مراعاة أن القول بأن الموانع مبطله قد

(١) ويلاحظ أن الإرادة الرسولية تكلمت عن القرابة القانونية قبل ذلك ضمن الموانع المحرمة فى المادة ٤٩ وعادت فتكلمت عنها مرة أخرى فى المادة ٧١ .

لا يكون عاماً لدى جميع الطوائف ، إذ منها ما يجعل المانع مطلقاً في بعض الأحيان ومنها ما لا يجعله كذلك ، كما سنشير إلى ذلك في حينه .
ويدخل تحت الطائفة الأولى من الموانع :

- ١ - مانع السن .
 - ٢ - الارتباط بزواج سابق .
 - ٣ - العجز الجنسي والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة .
 - ٤ - مانع الدرجات المقدسة .
 - ٥ - النذر .
 - ٦ - العدة .
- ويدخل تحت الطائفة الثانية من الموانع :
- ١ - قرابة الدم .
 - ٢ - المصاهرة .
 - ٣ - القرابة الروحية .
 - ٤ - القرابة القانونية الناشئة عن علاقة التبني .
 - ٥ - المصاهرة .
 - ٦ - الحشمة أو الآداب العامة .
 - ٧ - الجريئة .
 - ٨ - اختلاف الدين ^(١) .

(١) وقبل أن نتكلم عن الموانع المدرجة تحت هاتين الطائفتين ينبغي أن نشير - كما بينام قبل - إلى أن فقهاء القانون الكنسي يبالغون عيوب الرضا ضمن الموانع المبطلّة للزواج . وقد رأينا أن عيوب الرضا إنما تمس الإرادة والتعبير عنها ، ولهذا فبإلّا التحدث عنها هو ركن الرضا في الزواج ، إذ يشترط أن تكون الإرادة حرة سليمة مما يبيها . كما أن الفقهاء يبالغون الخطف مع الموانع المبطلّة للنسبة ، أي في الطائفة الثانية مع الموانع السابق ذكرها . وقد رأينا كذلك أن هذا الموضوع يصل بالاكراه كيب في الرضا ، ولهذا عالجناه ضمن عيوب الرضا بصفة عامة .

وبرأي أخيراً أن ما يسمى عند الطوائف الكاثوليكية بالموانع المحرمة قد اعتبرته بعض الطوائف الأخرى كالأرثوذكس سبباً لبطلان الزواج ، وسنشير إلى ذلك في مناسباته .

المقالة الأولى

الموانع المطلقة^(١)

Les empêchements dirimants alsolus

١٠٦ - لولا مانع السن^(٢) : L'empêchement de l'âge

الزواج مسئولية اجتماعية ؛ يرتب التزامات متبادلة على كل من الزوجين ، وتتميز هذه الالتزامات بأنها ذات طابع اجتماعي وأخلاقي على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة . ومن أجل ذلك حدد القانون الكنسي للذاهب المسيحية جميعها حداً أدنى للسن لا يصح الزواج قبل بلوغه . ذلك أن الزواج ما هو إلا عقد قبل كل شيء ؛ ويفترض تبعاً لذلك الرضا بين الطرفين ، وهذا يستلزم قدراً من التمييز والوعي .

ولما كان تحديد سن الزواج يقوم على اعتبارات اجتماعية بحثه ؛ فإنه يختلف دائماً من جهة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر . ولكن مهما اختلفت أحكام القانون الكنسي بالنسبة للطوائف المسيحية المتعددة ؛ إلا أن هناك عاملاً هاماً يدخل في الاعتبار بالنسبة للطوائف جميعها في تحديدها لسن الزواج ؛ هو أن هذا السن يتحدد عند مرحلة يكون فيها للشخص قدر . كاف من التمييز والعقل ولذلك تشترط جميعاً أن يكون الشخص مميزاً ؛ فإن كان مجنوناً أو صبيّاً غير

(١) أنظر في هذا الموضوع De Smet ، السابق ص ٤٠٧ وما بعدها ، - Fouracret السابق ص ١٩١ وما بعدها ، « شارل دوكليرك » السابق ص ٣٣٥ وما بعدها ، دوفيليه ، ودوكليرك الزواج في القانون الكنسي الشرق ، السابق ص ١٥٨ وما بعدها .

(٢) ونحن نتكلم عن مانع السن بين موانع الزواج ، نظراً لأن الرضا قد يتوافر في بعض الأحيان ، متى بلغ الشخص سن التمييز ، ولكن المانع يوجد مع ذلك ، بسبب السن نظراً لعدم بلوغ السن القانوني للزواج .

ميز ، لا يستطيع الزواج . فالرضا بالزواج ، وهو ركن لازم لقيامه ، يستلزم وجود التميز .

وعند الاقباط الأرثوذكس لا يجوز زواج الرجل قبل بلوغ ١٨ سنة ميلادية والمرأة قبل بلوغ ١٦ سنة ميلادية ، وقد أوردت الخلاصة القانونية عدم بلوغ السن ضمن موانع الزواج بين الأسباب التي يمكن زوالها^(١) . وبزوالها يصح الزواج ؛ أي أنه من الموانع المؤقتة . ويرى صاحب الخلاصة القانونية أن هذا المانع يمنع الزواج من قبل ، لكنه لا يوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، بحيث يكون من اقترنا قد اتفقا فيما بعد بلوغ سن الزواج . وما هذا في الواقع إلا تصحيحا للزواج باتفاق الطرفين بعد البلوغ^(٢) .

وعند الكاثوليك بصفة عامة يحدد سن الزواج بست عشرة سنة ميلادية

(١) والسالمحدد حسب ماورد في الخلاصة القانونية هو ١٤ سنة لذكر و١٢ سنة للفتاة . ولم تورد المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس السن ضمن موانع الزواج وشروطه . والجزاء على مخالفة هذا الحكم هو البطلان ، حتى ولو رضى به الزوجان وأذن به ول القاضي . وللزوجين وكل ذي شأن حق الدفن فيه (انظر المادتين ١٥ و ١٦ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وكذلك مادة ٤٠ من مجموعة ١٩٥٥ والمادتين ٤٩ و ٤٢ من مجموعة ١٩٣٨) .

(٢) انظر المادة ١٧ من الخلاصة القانونية . وهذا الاتفاق قد يكون ضميا حتى بلغ الزوجان السن المناسب لاختلاطهما (انظر المادة ٢٥ من الخلاصة ، وانظر فيما يلي رقم ١٣٥ بشأن صحيح الزواج) . ثم انظر كذلك شفيق شحاته ، السابق ، جزء ٣ رقم ٢٥١ ص ٦٤-٦٦ .

ويراعى أن الحكم الخاص بالأقباط الأرثوذكس هو نفس ملبه بالنسبة للروم الأرثوذكس فيشترط لانشاء الزواج عندهم توافر الأهلية الخاصة بالسن ، ولكن سن المرأة عندهم أقل منه عند الأقباط ، إذ يتحدد بخمس عشرة سنة (انظر المادة الأولى من القواعد الخاصة بالزواج والطلاق عند الروم الأرثوذكس) . أما بالنسبة للريان فيتحدد سن الزواج بـ ١٨ سنة للذكر و ١٤ للأنثى . وقد نص عليه بين موانع الزواج (مادة ١٢ راجعا) ، وعند الأرمن يلزم بلوغ الرجل ١٨ سنة والأنثى ١٦ سنة (مادة ١) .

للرجل وأربع عشرة سنة للمرأة^(١). وقد كان هذا هو نفس السن الخاص بالإنجليين ، إلا أنه قد رفع بقرار من المجلس الملى لانجلى فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ إلى ١٨ سنة كاملة للرجل و١٦ سنة للمرأة .

على أن بلوغ السن التى يتطلبها القانون الكنسى لازم لإنشاء الزواج ، حتى ولو كان الشخص قد بلغ قبل السن المطلوبة ، نظراً لقوة جسده ونموه وقدرة على التماس وإدراكه قتل قيد الزواج . وبمعنى آخر ، لا يكفى بلوغ الشخص أو نضجه قبل الأوان ، ولا يفنى ذلك عن انتظار بلوغ السن المطلوبة .

هذا بالنسبة للحد الأدنى للسن . لكن هل هناك حداً أقصى لا يجوز إبرام الزواج بعده ؟ لا يوجد فى القانون الكنسى بالنسبة للطوائف المختلفة نص فى هذا الشأن على ما نعلم . ولذلك فانه يجوز للرجل والمرأة أن يتزوجا مهما تقدم بهما السن ، إذا توافرت شروط الزواج الأخرى^(٢) .

أما عن مسألة انعدام التناسب فى السن بين الزوجين ، فانا لانعلم من بين

(١) المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية .

(٢) على أن بعض الكنائس الشرقية (الكنيسة الروسية) قد راعت منع الزواج بالنسبة للمرأة التى تجاوزت ٦٠ عاماً . وتقرض كنيسة الصرب على الرجال الذين تجاوزوا ٦٠ عاماً والنساء الثلاثى تجاوزن ٥٠ عاماً أن يطلبوا من الحورية التصريح لهم بإبرام الزواج (دوفيليه ، ودوكليك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص ١٥٩) .

وفى الفقه الكنسى للأقباط الارثوذكس يرى ابن الصال منع زواج المرأة بعد الستين حيث يقول : « وأرملة من بعد من الستين سنة من عمرها ترجع دفعة أخرى للزواج فلتنخرج كفاضة » (ص ٢٠٤ من كتاب القوانين لابن الصال) . ويقول فى موضع آخر (ص ١٩٧) من المرجع نفسه (ضمن التزويج المنوع) زيجة من مضى من عمرها ستون سنة . وقد اعتبر البطريرك كيرلس بن لطفى مثل هذا الزواج مكروها (ص ٢٢ من ملحق ابن الصال والحامى بقوانين بن لطفى . وانظر أيضاً دوفيليه ، ودوكليك ، السابق ص ١٦١) .

القواعد المختلفة في القانون الكنسى ما يحرم الزواج لهذا السبب ، وإن كانت الخلاصة القانونية قد أوردت في هذا الشأن أن على الكاهن أن يتحرى عند الخطبة عن تناسب السن بين الزوجين^(١) .

كما يراعى أيضا أن القواعد الخاصة ببعض الطوائف تتيح للرئيس الدينى الاعفاء من قيد السن عن طريق ما يسمى بالتفسيخ من المانع (la dispensa)^(٢) .

على أنه مهما اختلفت القواعد الخاصة بتحديد سن الزواج لدى الطوائف المسيحية على النحو السابق والى يصح الزواج ببلوغها ، فإنه ينبغي أن ندخل في الاعتبار ما جاء في هذا الصدد بلائحة الموقنين المتدينين والذي سبق لنا الإلماع إليه عند الكلام عن انعقاد الخطبة^(٣) . وتقضى المادة ٣٨ من قرار وزارة العدل بلائحة الموقنين المتدينين والمعمول به من أول يناير ١٩٥٦ بأنه « لا يجوز توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ١٨ سنة و سن الزوجة أقل من ١٦ سنة ... »^(٤) .

(١) أنظر المسألة ٢ من الخلاصة القانونية .

(٢) بالنسبة لتفسيخ من موانع الزواج بمفسة عامة ، أنظر مثالا فخوري باخوس الثنائى في الرسالة المحلصية س ٢٣ الأعداد ٦ - ٧ (عدد خاص بالزواج الميحي) س ٥٧٩ وما بعدها وإذا ما زال المانع سواء بالتفسيخ أو ببلوغ السن يتم تصحيح الزواج حسب القواعد المنصوص عليها بالنسبة للموانع العامة القانونية في المواد ١٢٢ - ١٢٤ من الإرادة الرسولية Galtier ، السابق س ١٢٣ ، وأنظر كذلك De Smet ، س ٤٢٤ بالنسبة لتصحيح الزواج الباطل بسبب السن .

وتقرر المادة الثانية من القواعد الخاصة بالأرمن الارثوذكس حتى الاعفاء للرئيس الدينى إذا توافرت أسباب خطيرة . كما أن المادة ١٢ (راجا) من مجموعة السريان الارثوذكس تبيح مراعاة اختلاف المحيط والمناخ .

(٣) أنظر ما سبق ، فقرة ٨٤ .

(٤) أنظر كذلك الدكتور شفيق شعاعه ، الجزء الثالث رقم ٢٩٧ س ٩٢ .

١٠٧ - ثانيا : العجز الجنسي (L'impuissance) والأمراض الأخرى
الخطيرة أو النادرة :

(١) العجز الجنسي وحالاته : العجز الجنسي هو نقص في المقدرة الذاتية على الجماع الذي يصلح بذاته لإنجاب الأولاد ، سواء كان هذا النقص من جانب الرجل أم من جانب المرأة . وهو من الموانع الناشئة عن انعدام الأهلية الجنسية عند من يوجد لديه ، مما يستتبع اعتبار مثل هذا الشخص غير أهل لإنشاء علاقة زوجية صحيحة ، إذ هو يتعارض مع مضمون الزواج ؛ وهو أن كلا من الزوجين يعطى الآخر حقا على جسده ، ويقبل منه مثل هذا الحق ، وذلك بقصد التناسل .

والعجز الجنسي إما سابق على الزواج وإما لاحق له ، وذلك بحسب ما إذا كان موجوداً قبل المقد أو طرأ بعده " . وهو أيضا قد يكون عجزاً مطلقاً إذا كان من شأنه منع الاتصال بأي شخص آخر ، أيا كان ذلك الشخص ؛ أى أنه يقوم بالنسبة إلى كل الأشخاص من الجنس الآخر ، وقد يكون نسبياً إذا كان لا يتعلق إلا ببعض الأشخاص ، أى أنه لا يوجد إلا بالنسبة إلى شخص أو أشخاص معينين . ومعنى هذا أنه قد توجد حالة العجز الجنسي لدى شخص ما ، وذلك بسبب بروده الجنسي أو عدم تناسب عضو التناسل لديه بالنسبة لامرأة معينة ، دون أن يكون كذلك بالنسبة لامرأة أخرى . ومع ذلك فإن العجز الجنسي يدخر في الاعتبار حتى ولو كان نسبياً ، طالما أنه عجز دائم . فطالما أن العجز دائم ، لا يهم بعد ذلك أن يكون دوامه مطلقاً ، أى بالنسبة للنساء جميعاً ، أو نسبياً . أى مع الزوجة وحدها ؛ فقد يشفى الرجل من

(١) ويختلف الحكم بالنسبة لكل منهما . فالعجز السابق على الزواج يعتبر من الموانع المباشرة للزواج ، أما العجز اللاحق أو اللاحق به بعد العقد فيختلف فيه الحكم لدى المذاهب المختلفة على ما سترى فيما بعد .

العجز الجنسي السابق على الزواج بالنسبة للنساء الأخريات ؛ ولكنه لا يشق منه بالنسبة لزوجته ، ولا يمنع ذلك أن يكون هذا العجز الدائم ، النسبي سببا في بطلان الزواج^(١) .

والعجز الجنسي قد يكون دائما وقد يكون مؤقتا . فالعجز الدائم (perpétuelle) هو الذى لا يرجى زواله ولا يشفى منه ، أو يشفى منه لكن بوسائل غير عادية أو بوسائل خطيرة غير مشروعة . أما العجز المؤقت فهو الذى يرجى زواله بمضى الزمن أو بوسائل عادية مشروعة لا خطر فيها . والواقع أنه فى هذه الحالة لا يوجد عجز جنسى بمعنى الكلمة^(٢) .

ومانع العجز الجنسي قد يقوم بالنسبة للمرأة أو بالنسبة للرجل على السواء . ويدور بالنسبة للمرأة بصفة خاصة فى التقسيم الذى فرقنا فيه بين العجز المطلق والعجز النسبي . فقد تكون المرأة عاجزة عن الاتصال بأى رجل كان ، وحينئذ يكون العجز الجنسي مطلقا . وقد تكون غير قادرة على الاتصال بشخص معين أو بأشخاص معينين وحينئذ يكون العجز نسبيا .

ومن أمثلة العجز الجنسي من جانب الرجل : الجب والخصاء والعنة . والجب (l'absence de pénis) هو استئصال عضو التناسل . والخصاء (l'absence des testicules) هو نزع الخصيتين ، ويعتبر مانعا إذا كان الشخص فاقد الخصيتين ، بخلاف ما إذا كانت له خصية واحدة ، أو كانت له خصيتان غير

(١) محكمة استئناف القاهرة فى ٣ - ٤ - ١٩٥٧ قضية رقم ١٥٨ سنة ٧٣ ق - أنظر الحكم فى رقت خفاجى وراجع لطفى ، السابق ص ٢٢ .

(٢) أنظر أمثلة أشير إليها فى De Smet ، السابق ص ٤٢٨ فى الهامش رقم ٢ ، ٣ ، ٤ من الصفحة المذكورة .

ظاهرتين لاختلافهما في جسمه^(١).

أما العنة (anaphrodisie) فهي عجز الرجل عن الوصول إلى النساء . ومظهر هذه الحالة يكون بارتخاء في عضو التاسل لدى الرجل مما يجعل الاتصال الجنسي بالمرأة مستحيلا . ويرجع ذلك الارتخاء عادة إلى ضعف الاعضاء التناسلية . وهذا الضعف قد يكون وراثياً ، كما قد ينشأ من اضطراب يصيب الغدد التناسلية . وهذه العنة هي ماتسى بالعنة العضوية^(٢) . ومع ذلك فقد تدخل عوامل أخرى في إيجاد تلك الحالة ، أى أنه يترتب عليها كذلك أن يصبح الرجل غير قادر على الاتصال الجنسي . هذه العوامل الأخرى قد يكون مبعثها شعور بخوف أو رهبة خارجية ، أو قد تنبعث عن وساوس داخلية من الشك في نفسه ، وقد تنشأ هذه الحالة كذلك عن انعدام العاطفة أو الشعور بالكراهية نحو الزوجة^(٣) . وهذه العنة هي ماتسى بالعنة النفسية . على أنه متى ثبت العجز الجنسي وتوافرت الشروط التي سنذكرها فيما بعد ، فلا يهم أن يكون ذلك العجز نتيجة عنة عضوية أو نتيجة بواعث نفسية . وقد قضى بأن « عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لا تنفي وجود العنة ، فقد يكون لها بواعث نفسية لا تنم عنها أعراض خارجية^(٤) » . ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت حالة العنة مطلقة أو نسبية ،

(١) أنظر المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٤٢٦ والهامش رقم ٤ من الصفحة نفسها .

(٢) وصرف حجم قضيب الرجل لا يدل على العنة (كلية الإسكندرية في ١٢ مارس ١٩٥٧ رقم ١ لسنة ١٩٥٦) .

(٣) وكثيراً ما كانت هذه الحالة تنسب إلى الدحر ، إلا تزال هذه العقيدة سائدة في الريف وفي الأوساط غير المتحضرة حتى الآن .

(٤) استئناف القاهرة في ١٩٥٦/٦/٦ ، القضية رقم ٢٦٨ س ٧٣ ق ١ المحكم خاص بأقياط أرثوذكس) ، رانظر كذلك : تنس المحكمة في ١٩٥٧/٤/٣ القضية رقم ١٥٨ =

« قد يشفى الرجل من العنة النفسية بالنسبة للنساء الأخريات ولكنه لا يشفى منها بالنسبة للزوجة ، ولا يمنع أن يكون هذا المعجز الدائم الدسي سبباً في بطلان الزواج »^(١). فإذا كانت العنة النفسية مؤقتة لا تدخل في الاعتبار . وخاصة إذا كانت تستجيب للعلاج النفسى ، وكانت قابلة للشفاء^(٢).

على أنه إذا كانت العنة النفسية تستجيب للعلاج النفسى في بعض الحالات ، فإنه إذا ثبت أن الأمل في شفاؤها ضعيف ، قام بالزوج ما يمنع الاجتماع المقصود بالزواج وهو عنته وعدم قدرته على معاشرة زوجته . معاشرة جنسية ، ويكون طلب « التخليق » في محله ، ويتمين إجابة الزوجة إلى طلبها^(٣).

هذا بالنسبة للعنة . ويتصل بها حالة أخرى عكسية هي شدة التبيج الجنسى لدى الرجل (aphrodisie) مما يؤدي إلى إيمانه قبل التمكن من الاتصال بالمرأة على الوجه العادى^(٤).

= س ٧٣ ق ١ وفى ٢٩ - ٥ - ١٩٥٧ القضية رقم ٢٢١ س ٧٣ ق (والحكم الأخير بين دوم كاثوليك) - وقد أشار إلى الأحكام السابقة خفاجي دراج ، المرجع السابق ، ص ٢١ و ٢٢ و ٢٦ .

(١) الحكم الأخير المشار إليه في الهامش السابق .

(٢) انظر استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٦/٢٥ - القضية رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق (خفاجي دراج ، السابق ، ص ٢٤) - كلى الاسكندرية فى ١٩٥٧ - ٥ - ٢٨ قضية رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) - والحكمان خاصان بأقباط أرثوذكس .

(٣) كلى الاسكندرية فى ١ - ٢٥ - ١٩٥٧ قضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور - والحكم خاص بأقباط أرثوذكس) .

(٤) وإذا كان بين من الحكم اعتبار هذه الصورة من صور المعجز الجنسى لدى الرجل ، فإنه ينبغي ألا تخلط بينها وبين حالة أخرى مقاربة لها هي حالة سرعة النذف ، إذ في هذه الحالة الأخيرة يتم الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ولكن الرجل لا يستطيع البقاء مدة طويلة مما يؤدي بالمرأة إلى التضرر نظرا لعدم اشباع غريزتها الجنسية . وقد قضى بأنه إذا ادعت =

أما عن العيوب الجنسية من جانب المرأة فهي الرق والقرن . والرق هو انسداد المحل عند المرأة . والقرن غدة في المحل تمتع من الاختلاط الجنسي^(١) .

١٠٨ - العجز الذي يعتبر مانعاً - العقم ليس من العيوب الجنسية : على أن العجز الذي يعتبر مانعاً مطلقاً للزواج هو العجز الجنسي الكامل ، أو انعدام المقدرة الجنسية نعدماً كاملاً . ويجب في هذا الصدد التفرقة بين حالتين : فقد يكون الشخص سليماً من الناحية الجنسية تتوافر لديه كل المقومات اللازمة للاتصال الجنسي بالطرف الآخر ، كما تتوافر لديه كذلك كل المقومات اللازمة للتناسل بحيث تحقق جميع الأهداف المقصودة من الزواج ، وهذه حالة أولى . أما الحالة الثانية فهي الحالة التي يكون الشخص فيها قادراً على الاتصال الجنسي العادي بالشخص الآخر ، لكنه على الرغم من ذلك غير أهل للتناسل وإنجاب القرية . فهل يعتبر مثل هذا الشخص معيماً من الناحية الجنسية رغم قدرته على الاتصال العادي بالطرف الآخر ؟ وبمعنى آخر . هل يعتبر العقم عيباً من الناحية الجنسية ، تترتب عليه آثار العيوب الجنسية الأخرى .

يرجح فقهاء القانون الكنسي أن العجز الجنسي الذي يدخل في الاعتبار إنما هو العجز الكامل الذي يكون بانعدام المقدرة الجنسية انعداماً كاملاً ، بحيث

= الزوجة على زوجها أنه سريع التدف ، فإن هذه الحالة بغرض صحتها قابلة للشفاء ، ولا تبرر الطلاق (أنظر القاهرة الابتدائية في ٢٣ - ١١ - ١٩٥٧ رقم ١٧٢ س ١٩٥٧) والعقم خاص بأرمن أرثوذكس) ، وكذلك استئناف القاهرة في ٢٥ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق - (أقباط أرثوذكس) - والعكس مشار إليها في خفاجي وراج ، السابق ص ٢٧ و ٢٤ - وانظر في العيوب الجنسية من جانب الرجل كذلك De Smet ، السابق ص ٢٦ و ٢٧ والمواش .

(١) الأستاذ عمر عبد الله ، الاحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - وانظر أيضاً De Smet السابق ص ٢٧ .

لا يستطيع أحد الطرفين الاتصال بالآخر على الوجه العادى . ونتيجة لذلك فلا يقوم المانع لدى من كان قادراً على الاتصال الجنىسى الاتصال الذى ، من شأنه ، وفى حد ذاته ، يؤدى إلى التناسل ولو لم يؤد إلى ذلك . وبمعنى آخر ، متى كان الشخص قادراً على الاتصال الجنىسى بالطرف الآخر اتصالاً عادياً (normale) ، لا يلزم أن يتحقق الهدف من مثل هذا الاتصال . فالزواج يعتبر مشروعاً طالما أمكن الاتصال بين الطرفين ، لأن هذا الاتصال يتجه بطبيعته إلى الغرض المقصود منه . وهذا هو الركن الأساسى فى المشروعية ، إذ الواقع أنه لى يكون العمل مشروعاً ، فلا ينبى أن يكون من المؤكد تحقيق أهدفه الخاصة ، وإنما يكفى أن يكون كذلك بطبيعته ، وأن يتجه إلى تحقيق هذا الهدف وعلى ذلك يكفى أن توجد لدى الشخص المقدرة على الاتصال الجنىسى اتصالاً عادياً بالطرف الآخر ، ولو لم يتحقق التناسل^(١) .

وهذا ما قرره صراحة نصوص القانون الكنسى الخاصة ببعض الطوائف المسيحية . فالمادة ١١ من القواعد الخاصة بالارمن الارثوذكس تنص^(٢) على أنه « لا يجوز الزواج إذا كان أحد العاقدین مصاباً بمانع طبيعى أو عرضى يجعله غير صالح للقيام بواجباته الزوجية كالعنة والختونة والنخاء ، أما عقم الرجل أو المرأة فلا يجعل العقد باطلاً » . وبالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة نجد أن المادة ٥٨ من الإرادة الرسولية تقرر فى فقرتها الأخيرة أن « العقم (la stérilité) لا يبطل الزواج ولا يحرمه »^(٣) وهذا ما يفهم بالنسبة للطوائف

(١) أنظر فى هذا : De Smet : السابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

(٢) وقد جلا فى المادة ١١١ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والى جمها فيليب جلاذ (السابق ، جزء ٥ ص ٣٨٦) أنه « ليس المقم من قبل المجر ، لأن المقم ليس بما جرحن الجماع ، وبالتالى تصح زيجة الشيوخ الذين يقدرون على استعماله » كما أنه يصح زواج المرأة التى تقبل الزرع ولو لم تستطع ضبطه » .

الأخرى . وإذا كانت القواعد الخاصة بالإنقباط الأرثوذكس لم تنص صراحة على المقيم بل اكتفت بذكر الموانع التي تمنع من « الاتصال الجنسي » ، ففهم ذلك أنه طالما كان الاتصال الجنسي بين الطرفين ممكنا ، لا يهمل ما إذا كان هذا الاتصال يؤدي إلى الغاية منه عن طريق التناسل أو كان الزوجان عقيمين^(١) .

والمقيم قد يكون من جانب المرأة أو من جانب الرجل ، فقد يكونا قادرين على الاتصال الجنسي ولكن أحدهما أو كلاهما ينقصه عضو أو عنصر معين لازم للإخصاب ، وإن كان خارجا عن العملية الجنسية في حد ذاتها . وعلى هذا يصح الزواج بامرأة حتى ولو استوصل منها المبيض أو الرحم ، أو أصبح المبيض لديها عاجزا عن الإخصاب رغم عدم استئصاله . وكذلك يصح زواج الرجل رغم تقدمه في السن وإصابته بالمقيم ، طالما أنه كان قادرا على الإيلاء ولم يحصل هناك ارتخاء في عضو التناسل لديه^(٢) .

هذا ويتجه القضاء إلى عدم إدخال المقيم - من جانب الزوج أو الزوجة - في الاعتبار ، فلا يترتب عليه فسخ الرابطة الزوجية لدى الطوائف المسيحية^(٣) .

(١) وهذا ما يفهم أيضا من القواعد الخاصة بالانجيليين . فطالما أن الذكر والأنثى كانتا كليتي الأعضاء والقوة كان الزواج صحيحا ، إذ تنص المادة ٨ من هذه القواعد على أنه « لا يكون الزواج صحيحا إلا إذا عقد بين ذكر وأنثى كليتي الأعضاء والقوة التي تؤهلها للزواج الفعلي » .

(٢) في هذا المعنى : De Smet : السابق ، ص ٤٣١ ، - Galtier ، السابق

ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٣) وقد جاء في حكم المحكمة استئناف القاهرة « إن القول بأن الزوجة عقيم على فرض صحته لا يؤدي إلى « التطلاق » ، ذلك أنه لا خلاف في المذاهب المسيحية جميعا أن عقم المرأة أو الرجل ليس سببا من أسباب بطلان الزواج . وقد نص في بعض القوانين الكنسية =

١٠٩ - حكم العجز الجنسي : ولا يعتبر العجز الجنسي مانعاً يؤدي إلى بطلان الزواج في القانون الكنسي لدى جميع الطوائف المسيحية ؛ ذلك أن بعض الكنائس لا تعتبره كذلك ، وإن كانت تجعل منه سبباً من أسباب التطلاق ، كما سنرى .

ف عند الأقباط والأرمن والسرمان الأرثوذكس يعتبر العجز الجنسي من الموانع التي تؤدي إلى البطلان . فالزواج لا يجوز إذا كان لدى أحد طرفيه مانع يرجي زواجه يتمتع من الاتصال الجنسي كالعنة والختونة والحصاء . وإذا تم

= على ذلك صراحة ولم ينص عليها البعض الآخر ، استناداً إلى أن أسباب التطلاق محصورة ،
الحكم في ١٥ - ٥ - ١٩٥٧ قضية رقم ٢٦ س ٧٤ ق . وانظر نفس المحكمة في
٢١ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ١٣٧ ق ، وفي ١٢ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ١٣٠ س
٧٣ ق ، وفي ١٣ - ٣ - ١٩٥٧ رقم ٦ س ٧٤ ق ، وفي ٢٥ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٢٠٧
س ٧٤ ق - وقد أشار إليها خفاجي وراج ، السابق ص ١٢٩ - ١٣٣ . وانظر أيضاً
حكمين آخرين مشار إليهما في المرجع نفسه ص ١٣٣ . وانظر كذلك استئناف القاهرة في
٦ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٣٩ س ٧٣ ق (صالح حنق المرجع ، ط ١ ص ٢٨٧) ، وكذلك
كلية الاسكندرية في ١٧ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٣ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) .

وتتجه بعض الأحكام إلى عكس الاتجاه السابق وتجعل من عدم سنبا يرد الطلاق .
ففي حكم لمحكمة الزقازيق الكلية (في ٨ - ١٢ - ١٩٥٦) قضية رقم ٣٣٤ لسنة ١٩٥٦)
تقول المحكمة إنه « لما كان الرض من الزواج حسباً ترمى إليه الشرعة المسيحية هو إنجاب
الذرية بحيث تنقضي المحكمة منه إذا ما ثبت أنه لن يؤدي لهذه الغاية المرجوة » . وقد انتضى
على الزواج هنا زهاء الأربعة عشر عاماً دون إنجاب أطفال لعقم الزوجة ، فإن في ذلك ما يدعو
إلى الطلاق » - الحكم مشار إليه في إهاب اسماعيل ، السابق ، ص ٢١٠ بالهامش . وهذا
ما انتهت إليه بعض أحكام المجالس المليّة الرعية من قبل (أنظر صالح حنق ، المرجع ط ١
ص ١٨٩) . وهو أيضاً ما أبدته البعض (أنظر إهاب اسماعيل ، السابق ، ص ٢١٠ - ٢١١)
ومع ذلك فإن هذا الرأي الأخير ليس هو السائد في فقه القانون الكنسي ، كما قدمنا ، كما
أنه ليس هو السائد قضاء .

المعذر رغم ذلك كان باطلا^(١) .

وهذا هو ما تقرر كذلك بالنسبة للانجيليين ، وإن كان النص عندهم لم يذكر أمثلة للعجز الجنسي ، بل جاء في عبارة عامة^(٢) .

أما بالنسبة للكاثوليك . فقد جاء نص المادة ٥٨ من الإرادة الرسولية أكثر وضوحاً وتحديدأً للشروط المستلزمة في العجز الجنسي الذي يعتبر من الموانع المبطللة للزواج ، إذ نصت على أن : « ١ - العجز السابق المؤبد ، سواء كان من طرف الرجل أم طرف المرأة ، وسواء كان الزوج الآخر عارفاً به أم لا ، مطلقاً كان هذا العجز أم نسبياً ، يبطل الزواج بحكم الحق الطبيعي نفسه Par le droit naturel lui - même ٢ - وإذا ارتبب في مانع العجز سواء كان الريب (doute) من قبيل الحق ، (يقصد من حيث القانون : doute de droit) أو من قبل الواقع (de fait) ، فلا يمنع الزواج » . ونص الإرادة الرسولية ، كما هو واضح ، لم يتعرض إلا لحالة العجز الجنسي . وقد قرر صراحة أنه في حالة الشك في وجود العجز ، سواء كان

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦ والمادة ٢٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ . وهو ما نصت عليه كذلك المادة ١١ من مجموعة الأرمن . وتنص المادة ١٢ خامساً من مجموعة السريان على أن من الموانع « أن لا يكون فيها عيوب جسيمة كالأمراض السارية المانعة من البرية » . ويراعى أن المجموعات الحديثة إذا كانت تجعل العجز الجنسي القائم وقت الزواج من الموانع المبطللة له ، فإن المجموعات الفقية تجعل منه سبباً للنسخ . وهي على ما يبدو لا تفرق بصورة واضحة بين البطلان والنسخ . أنظر بالنسبة لما جاء في الشريعة التبيلية ومجموعاتها الفقية شفيق شعانة الجزء الرابع رقم ٣١٦ وما بعده ص ١٦ وما بعدها . وأنظر المراجع التي أشار إليها في هامش ص ١٦ والتي تبين أن المجموعات الفقية لا تفرق بين البطلان والنسخ .

(٢) وتنص المادة ٨ عندهم على أنه : « لا يكون الزواج صحيحاً إلا إذا عقد بين ذكر وأنثى كملتي الأعضاء والقوة التي تؤهلها للزواج النسل » .

الشك من حيث القانون أم من حيث الواقع ، فإن المانع لا يقوم في هذه الحالة ويغلب جانب الزواج على جانب المنع ^(١١) .

هذا هو حكم العجز الجسدي لدى الطوائف المختلفة التي تجمل منه مانعا مبطلا للزواج . ولكن القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس جعلت من هذه الحالة سببا من أسباب التطلق ، إذا توافرت شروط معينة ^(١٢) .

١١٠ - **الشروط اللازمة للبطلان بسبب العجز الجنسي** : ومن استعراضنا للقواعد السابقة الخاصة بالطوائف المختلفة يمكننا أن ندين الشروط اللازمة توافرها في عدم المقدرة الجنسية حتى تعتبر مانعا مبطلا للزواج . فيلزم أن يكون العجز قائما وقت انعقاد الزواج ، كما يلزم أيضا أن يكون دائما أو مؤبداً ، وأن يكون بدرجة يتحقق معها لإضرار بالطرف الآخر إضراراً جسيماً . ونفصل ذلك فيما يلي :

(١) والشك من حيث القانون يكون في حالة عدم معرفة ما إذا كان استئصال بعض أعضاء الجهاز التناسلي مكونا لحالة عجز مؤبد أو مؤقت ، وهل استئصال المبيض أو الرحم عند المرأة ، أو انعدام الاتصال بين الفرج والرحم عندها ، يجعلها في حالة عجز جنسي . والشك من حيث الواقع يكون في حالة النساؤل عما إذا كان الشفاء سهلاً وميسوراً ، وعما إذا كان استئصال الخصيتين كان تاماً ... Galtier : المرجع السابق ، ص ١٢٤) .

(٢) فالقاعدة ١٢ من القواعد الخاصة بالزواج والطلاق عديم تقرر أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرض الزواج بالجماع » إذا كانت هذه المقدرة موجودة حين عقد الزواج ، وكل يجعلها الطالسب ، ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج « واستمرت الى وقت رفع الدعوى » .

« والزوج أن ترفع دعوى الطلاق » ولو قبل الثلاث سنوات في حالة ما تكون عنه الزوج مستمرة « وغير قابلة للشفاء » ومتبوتة بفحص طبي قانوني » .

فلنطبق على السابق يلزم أن يكون عدم المقدرة الجنسي قائماً وقت الزواج ومجهولاً من الطرف الآخر . ويلزم كذلك أن تستمر هذه الحالة ثلاث سنوات من تاريخ الزواج « وأن تظل كذلك حتى رفع الدعوى . على أن أعضاء هذه السدة غير لازم إذا ثبت بالنقص الطبي القانوني أن سنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء . - أنظر كذلك : شفيق شحاته »

جزء خامس رقم ٤١٤ ص ١٥ .

لولا : أن يكون العجز قائماً وقت انعقاد الزواج : ويستفاد هذا الحكم من المبادئ المختلفة للتصوص السابق الإشارة إليها ^(١) ، وهو ما أقره القضاء في أحكامه التي صدرت في صدد العجز الجنسي ^(٢) .

وعلى ذلك لكي يستبر العجز الجنسي مانعاً من موانع الزواج ويؤدي إلى بطلانه يتعين أن يكون سابقاً ، أو على الأقل قائماً وقت العقد ^(٣) .

لكن ما الحكم إذا لم تكن حالة العجز قائمة وموجودة وقت العقد ، ثم

(١) وهو ما يفهم أيضاً من الخلاصة القانونية (المسألة ١٧) ، إذ بد أن ينت أمثلة لموانع العجز الجنسي والمرض ، قررت أن هذه هي « موانع الزيجة الثابتة التي إذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فالانعقاد يكون لاغياً مفسوخاً لا يول عليه » .

(٢) فقد قضى أن العجز الذي يؤدي إلى بطلان الزواج ، هو العجز السابق ، فإذا ثبت لدى المحكمة أن العجز سابق على الزواج ودائم ، كان سبباً في بطلان الزواج . وفي حكم آخر أجابت المحكمة الزوج إلى طلب البطلان بسبب العنة السابقة على الزواج ، وخاصة أنه قد مضى على الزواج أكثر من عامين لم يتصل الزوج بزوجه الاتصال الجنسي الطبيعي . وقضى كذلك بأنه « لما كانت العنة المنسوبة للزوج سابقة على عقد زواجه ، وكان من شروط صحة الزواج عدم وجود مانع من موانع الزواج ، فإن قيامها ، ولاشك ، يبطل لهذا الزواج الذي كانت تعجل الزوجة إمساك زوجها به ، فهي في حل من مسخ دون حاجة لأن يحل الزوج أبلاً ليعالج أوديش منه ، خصوصاً وقد مضى على الزواج ما يزيد على السنتين » . والأحكام السابقة صادرة على التوالي من محكمة استئناف القاهرة في ٣ - ٤ - ١٩٥٧ القضية رقم ١٥٨ س ٧٣ ق ، محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٩ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ٧٢٥ لسنة ١٩٥٧ (بين أقباط أرثوذكس) ، محكمة القاهرة الابتدائية في ٣٥ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ١٤٣١ سنة ١٩٥٦ (بين روم كاثوليك) . وقد أشار إليها رفعت خفاجي ورابع لطفي ، السابق ص ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٥ .

(٣) ولهذا يتعين أن نلت النظر إلى أن الدعوى التي ترفع في هذه الحالة إنما هي طلب بطلان لا تطليق ، وأن كان الكثير من أحكام المحاكم لا يراعي هذه التفرقة ، مع أن ما يترتب عليها من النتائج يعد على درجة كبيرة من الأهمية ، وخاصة بالنسبة للمذاهب التي لا تبيح التطليق ، لأنه إذا كان العجز طارئاً فلن يترتب عليه في تلك المذاهب إمكان التطليق إذا كان الزواج مكتملاً . مع أنه يمكن طلب بطلانه إذا كان العجز سابقاً على الزواج .

طُرأت بعد ذلك ، وأثناء قيام العلاقة الزوجية ؟ هنا يختلف الحكم في القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية .

فمعد الطوائف الأرثوذكسية يعتبر العجز الطارىء بعد الزواج سببا للتطليق ، إذ تنص المادة ٥٢قرة ٢ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه « يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصيب زوجها بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء ، وكانت الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ، ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنين » (١) .

وبالنسبة للانجليكان يمكن القول بأن العجز الطارىء لا يدخل في الاعتبار

(١) ولعل ما ذكرته الخلاصة القانونية في هذا الصدد كان أكثر توفيقا من نص المادة ٥٢ . فقد جاء في المسألة ٢٥ (السبب السابع) أنه إذا حدث لأحدهما (الزوجين) بعد الزواج ما يمنع بواسطته الاجتماع المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها ، ورغب الماعى منها في الفقرة ، يجاب الى طلبه وتفسخ الزيجة ، وذلك بعد أن يمضى الزوجان معا ثلاث سنوات من تاريخ الإصابة بالمرض المانع ، ولم يتمكن خلال هذه السنوات الثلاث من الاجتماع الزوجي التناسلى ، وبشرط أن يتحقق ذلك جليا . وانظر كذلك المادة ٧٢ من مجموعة **المسوريان** الأرثوذكس إذ تنص على أن السبب الذى توجب الفسخ سببة : أربعة منها تمنع **الجماع** ، واثنان منها فى الرجال وهما الخنونة والقطع ، واثنان فى النساء وهما الانطباق السدة .. ولا يختلف الحكم فى هذه الحالة بالنسبة **للارمن** الأرثوذكس ، مع مراعاة أنه وإن كانت قواعدهم لم تحدد مدة معينة إلا أنه يمكن أن يحكم بالتطليق إذا تبين أن الشفاء مستحيل . أما بالنسبة **للروم** الأرثوذكس ، فانه إذا كانت القواعد الخاصة بهم قد تكلمت فى المادة ١٢ عن العجز الجنسى الموجود حين العقد ، وجعلت منه سببا للطلاق ، كما ينص . فانها لم تعرض لحكم العجز الطارىء . ولكن إذا كان العجز الطارىء لا يدخل فى نطاق المادة ١٢ سالفة الذكر ، إلا أن من الممكن فى هذا الشأن الاستناد إلى النص الواسع المرئ الذى أدخل فى التعديل الصادر فى ١١ فبراير سنة ١٩٥٠ باضافة المادة ١٤ مكررة والى نص على أنه : « يجوز لسكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فيما إذا نشب بسبب الآخر تصدع جسيم على آصرة الزواج ، يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق » . وهذا التعديل مستمد من نص المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى .

ولا يعتبر سببا للتطبيق ؛ ذلك أن التطبيق عديم لا يجوز إلا في حالتين فقط هما حالة الزنا وحالة اعتناق ديانة أخرى غير الديانة المسيحية ^(١) . كما أنه لا يفهم من صيغة المادة ٨ من القواعد الخاصة بهم والتي تقرر بطلان الزواج بسبب المعجز الجنسي وتنص على أنه لا يكون صحيحاً ، لا يفهم منها أنها تمتد إلى حالات المعجز الجنسي الطارىء بعد الزواج .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فقد اكتفت الإرادة الرسولية بالنص على بطلان الزواج « في حالة المعجز السابق » ، فلا يمكن إنهاء الزواج عندهم بسبب المعجز اللاحق . ولكن الزواج الذي لا تحل رابطة على هذا النحو هو الزواج المقرر المكتمل فقط ، أى الزواج الذي يستوفى فيه الجماع ، والذي تم صحيحاً بتوافر شروطه وبعدم قيام مانع من الموانع بشأنه . أما إذا كان الزواج غير مكتمل . أى لم تقع فيه مخالطة جسدية ، وكانت هناك علة قوية توجب التفسيح منه ، فإنه يمكن نقضه في هذه الحالة ^(٢) . ولهذا فإنه يمكن أن يعتبر المعجز الجنسي الطارىء بعد تبادل الرضا وقبل المخالطة الجسدية سبباً قوياً يوجب انحلال الرابطة الزوجية ^(٣) .

ثانياً : ويشترط ثانياً أن يكون المعجز دائماً أو مؤبداً (*perpetuelle*) : والمعجز في هذه الحالة لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه بطرق طبيعية مشروعة ولو كانت بعمليات جراحية إلا أنها تؤدي إلى خطر الموت . فإذا كان المعجز

(١) أنظر المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالانجيليين .

(٢) أنظر مختصر القواعد بالنسبة لكاثوليك ، فليب جلاذ ، السابق ، المواد ٣٢ و ٣٠ و ١٠٨ ، وانظر أيضاً المادة ١٠٨ من الإرادة الرسولية .

(٣) أنظر في هذا : « شارل دوكليرك » السابق ، جزء ٢ ، ص ٢٣٦ فقرة ٣٩١ ،

Galtier ، السابق ص ٢١٥ .

قابلاً للشفاء بطرق سهلة مشروعة ليست خطرة ، فهو عجز مؤقت يرجى زواله ،
وبالتالى يعتبر غير ذى أثر ، فلا يكون سبباً لبطلان الزواج (١) .

وتحديد ما إذا كان المانع مؤبداً لا يرجى زواله ، يرجع فيه إلى أهل
الخبرة ، وللقاضى أن يستشير برأيهم فى ذلك . ولا توجد هناك مدة محددة
يمكن القول فيها بأن العجز يعتبر مؤبداً أو دائماً إذا تجاوزها ، بل يترك تقدير
ذلك لأهل الخبرة (٢) .

(١) أنظر أمثلة لذلك أشار إليها De Smet ، المرجع السابق ص ٤٢٨ هامش ٤٢٢،
ويمكن القول بأنه إذا كان عدم المتسيرة الجنسية مما يمكن تلافيه عن طريق عملية
جراحية ليست ذات خطر ، كما هو الحال فى حالة ضيق فتحة الرحم عند المرأة ، وهى عملية
تم بدون خاتورة عليها ، فلا يقال إن المانع مؤبد فى هذه الحالة . ومع ذلك فإن الزوجة فى
هذه الحالة لا تكون ملزمة بإجراء هذه العملية .

(٢) ومع ذلك فقد رأينا أن القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس تستلزم استمرار الملة
ثلاث سنوات من وقت الزواج حتى يقضى بالطلاق ، هذا ما لم يثبت بالنقض العطب القانونى
أن عنة الزوج مستمرة غير قابلة للشفاء ، إذ يكون للزوجة رفع دعوى الطلاق ، ولو قبل
فوات الثلاث سنوات (المادة ١٢) .

ويبدو أن أحكام المحاكم لا تتقيد فى هذا العدد بمدة معينة لاعتبار العجز دائماً . ففى
بعض الأحكام قدرت المحكمة أن بقاء الزوجة مع زوجها لمدة أربعة شهور متتابعين بعد الزواج كافٍ .
وفى البعض الآخر أجابت الزوجة إلى طلب البطلان مع توافر شروط العجز الجنسى وخاصة أنه
« قد مضى على الزواج أكثر من عامين لم يتصل الزوج بزوجته الاتصال الجنسى الطبيعى » ،
أنظر الأحكام المشار إليها فيما سبق فى بداية هذا البند تحت الشرط الأول والصادرة من
استئناف القاهرة فى ١٩٥٧ / ٤ / ٣ ، والقاهرة الابتدائية فى ٢٩ - ١٢ - ١٩٥٧ ، قضية
رقم ٧٢٥ سنة ١٩٥٧ وكذلك فى ١٥ - ١١ - ١٩٥٦ قضية رقم ١٤٣١ سنة ١٩٥٦ .
وقد اعتبرت المحاكم أن سرعة القذف حالة قابلة للعلاج (القاهرة الابتدائية فى ٢٣ - ١١ - ٥٧
رقم ١٧٣ ص ١٩٥٧ خافى ورايح ص ٢٧) ، فى من المواقف الموقفة التى تزول أسبابها
(استئناف القاهرة فى ٢٥ - ٦ - ٥٨ رقم ٢٠٧ ص ٧٤ فى خافى ورايح ص ٢٤) .
وقد جاء فى الحكم الأخير أن السنة النفسية الموقفة تزول بالعلاج كذلك .

ثالثاً : ويشترط أخيراً أن يكون العجز بدرجة يتحقق معها الإضرار الجسيم بالطرف الآخر ، فإذا لم يكن من شأنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر على هذا الوجه فلا أثر له ، ولا يؤدي إلى بطلان الزواج . وهذا أمر يترك تقديره للقضاء ^(١) .

هذه هي الشروط التي تستلزم لقيام حالة العجز الجنسي . فإذا توافرت فلا يهم بعد ذلك كون العجز مطلقاً أم نسبياً ، وكل ما هنالك أنه في الحالة الأولى يعتبر العجز مانعاً مطلقاً لكل زواج أياً كان ، أما في الحالة الثانية فإن المانع لا يقوم إلا لدى من وجدت به حالة العجز بالنسبة إلى الشخص الآخر فقط . كما لا يهم كذلك أن يكون عدم المقدرة الجنسية معروفاً أو غير معروف من الطرف الآخر ^(٢) .

(١) وعلى ذلك فليس للزوجة مثلاً طلب الفقرة بسبب العجز الجنسي إذا كان الزوج سريع الإنماء ، طالما كانت هناك الفرصة لاشباع غريزتها بانصافه بها أكثر من مرة . وكذلك في حالة ما إذا كان عضو التناسل لدى الرجل لا يتناسب مع المتعة عند المرأة فضخامته ، فليس لها أن تتضرر طالما أن الزوج يمكنها من اشباع غريزتها بالإبلاج الجزئي . والأمور كذلك في الصورة العكسية التي يكون فيها عضو التناسل عند الرجل صغيراً طالما أنه يمكنه من الوصول إلى المرأة . وقد قضى بأن « صغر حجم قضيب الرجل لا يدل على العنة » (أنظر محكمة الاسكندرية الكلية للأحوال الشخصية في ١٢ مارس ١٩٥٧ قضية رقم ١ لسنة ١٩٥٦ - غير منشور ، والحكم خاص بيهود) .

(٢) المادة ٥٨ من الإرادة الرسولية . بل إن القواعد الخاصة بالإقباط الأرثوذكس تبيح طلب البطلان في هذه الحالة حتى ولو رضى به الزوجان (مادة ٤٠ من مجموعة ١٩٥٥) . أما بالنسبة لروم الأرثوذكس فإن المادة ١٢ من القواعد الخاصة بهم تشترط لطلب التطلق للعجز الجنسي أن يجعل الطالب وجود العلة وقت الزواج . ومفهوم ذلك أنه إذا كان يعلما فليس له طلب التطلق ، إذ أن هذا قد يحمل على أنه رضا بالطرف الآخر على علته . ومع ذلك فإن الرضا بالزواج مع العلم بحالة الطرف الآخر قد يتم على أمل احتمال شفائه في المستقبل ، فإذا لم يتم الشفاء كان للمتضرر أن يستند إلى نص المادة ١٤ مكرر الذي أضيف سنة ١٩٥٠ كما قدمنا .

١١١ - اثبات العجز الجنسي :- لكي يعتبر العجز الجنسي مانعا مبطلا
للزواج لا بد أن يثبت أنه كان قائما وقت انعقاد الزواج ، وأنه عجز دائم مؤبد
يؤدى إلى الاضرار الجسيم بالطرف الآخر . ويقع على الزوج الذى يدعى قيام
العجز الجنسي لدى الطرف الآخر عبء إثباته . ولكن الاثبات قد يكون عسيرا
ولهذا فانه يرجع فى تقرير وجوده أو انتفائه إلى أهل الخبرة عن طريق الفحص
الطبي . وتختلف هذه الوسيلة للكشف عن العجز الجنسي باختلاف ما إذا كان
سبب العجز عضويا أو كان مبعثه أمورا نفسية .

وقد يكون الأمر ميسورا بالنسبة للفرض الأول ، إذ من الممكن الوقوف
على حالة أحد الزوجين عن طريق الفحص الطبي . ويعتبر الكشف الطبي فى
هذه الحالة قاطعا فى ثبوت العجز الجنسي ، وبخاصة إذا كانت هناك علامات
يمكن الكشف عنها وتبينها ، أى إذا كان عدم الكفاءة الجنسية يرجع إلى
أسباب عضوية أو مرضية .

ولكن عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لا ينفى وجود العجز الجنسي ،
قد يكون مبعثه عوامل نفسية لانتم عنها أعراض خارجية وهذا ما يسمونه بالعنة
الابتدائية ، وهنا تنور الصعوبة فى الوصول إلى ما إذا كان هناك عجز جنسى
أم لا ، إذ لا يمكن الجزم طبيا بوجوده ، وبالتالي يصعب إقامة الدليل عليه
فى هذه الحالة .

ولهذا يمكن الاستنارة فى هذا الصدد بالظروف المحيطة للإبانة عن انعدام
الكفاءة الجنسية . فقد يستعان على الكشف عن حالة العجز لدى الزوج مثلا
بقضاء الزوجة بكرا ^(١) .

(١) فإذا أدعت الزوجة أن زوجها مصاب بالعنة وأنها لا تزال بكرا ، فأحالتها المحكمة =

على أن مسألة البكارة لا ينبغي أن تؤخذ دليلاً قاطعاً ، إذ ليس بقاء غشاء البكارة أو إزالته دليلاً على العجز الجنسي أو عدمه لدى الزوج . فقد يرجع بقاء غشاء البكارة سليماً إلى أسباب أخرى كامتناع الزوجة مثلاً عن الاتصال الجنسي بالزوج^(١) ، كما قد يكون بقاءه لأسباب أخرى حتى ولو واقعها الزوج ، فقد يكون الغشاء هلالياً أو يتمدد فلا يفض بالمباشرة الجنسية . ومن جهة أخرى فليست إزالة الغشاء دليلاً على المباشرة الجنسية ، فقد يزال الغشاء لأسبابه أخرى غير الجماع كعملية جراحية مثلاً أو باليد ... وعلى ذلك فإذا كان يمكن اعتبار بقاء غشاء البكارة سليماً لدى الزوجة قرينة على عنة الزوج ، إلا أنها قرينة قبل إثبات العكس .

وقد يستعان على الكشف عن انعدام الكفاءة الجنسية كذلك عن طريق

= إلى الكشف الطبي « وأثبت التقرير أن الزوجة لا تزال بكرًا وغشاء بكارتها سليم وليس به أى أثر لحصول إيلاج » ، كما جاء بالتقرير أن الزوج لم يذهب للطبيب الشرعى لتوقيع الكشف عليه رغم طلبه للحضور ، وأن ثبوت احتفاظ المدعية بكارتها مع امتناع الدعى عليه عن التوجه إلى الطبيب المنتدب لتوقيع الكشف عليه رغم طلبه للحضور دليل على صحة ما نسبته الزوجة ... » . (القاهرة الابتدائية فى ٢٩-١٢-١٩٥٧ قضية رقم ٧٢٥ س ١٩٥٧)
ونفى أيضاً بأنه إذا كانت « المحكمة إزاء حالة تثبت فيها بكارة الزوجة بالرغم من إقامتها مع زوجها تسعة أشهر باعتزافه دون أن يحصل فيها أى اجتماع جنسى » والأدلة التى يقدمها الزوج على امتناع زوجته عنه لا يكاد يستبينها أى عتل ، فالأمر لا يبدو أن يكون بسبب عنة ترجع إلى الزوج » . (القاهرة الابتدائية فى ٢٥ / ١١ / ١٩٥٦ قضية رقم ٧٤٤٣ س ١٩٥٦) .

(١) أنظر حكماً من محكمة استئناف الاسكندرية (بين مدعين - غير منشور) فى نوفمبر ١٩٥٩ متيد بالجدول السوى رقم ٣ سنة ١٩٥٩ شرعى ، وقد تبين للمحكمة أن بناء البكارة كان بسبب امتناع الزوجة عن زوجها وعدم تمكنه منها ، ولهذا لم تنجبا إلى طلب « التطبيق » لعنة الزوج ، وخاصة أنه قد ثبت للمحكمة أن الزوج مكنت الرجل بما قرره الطبيب الشرعى بعد الكشف عليه من عدم وجود موانع تمنع اتصافه بمباشرة العملية الجنسية ... » .

آخر وهو الحمل أو عدمه ، مع مراعاة أن انعدام الحمل وإن كان يؤخذ قرينة على غنة الزوج إلا أنه ينبغي الحذر أيضا في هذا الصدد^(١).

وينبغي ألا يحمل سكوت الزوجين مدة طويلة عن إثارة انعدام المقدرة الجنسية لدى أحدهما دليلا على توافرها . فقد يكون ذلك السكوت على أمل زوالها ، وخاصة أن كلا منهما يحرص في الشهور الأولى من الحياة الزوجية على الإبقاء على هذا الرباط الذي قبلاه طواعية واختيارا ، فلا يتحلان منه إلا لسبب جوهري ، ولا بد من التأكيد على وجه اليقين من قيام هذا السبب ، وربما ينتظران لذلك زمنا قد يطول .

ولا يكفي الادعاء بوجود حالة المعجز الجنسي ، بل لابد من إثبات ذلك على نحو قاطع ، فإذا ادعت الزوجة قيام العنة لدى الزوج ، إلا أنه تبين من المناقشة وقرير الطبيب الشرعي أن الزوج قد نفي إصابته بالعنة وأن الطبيب أثبت خلوه من أى مرض عضوي يمنعه من أداء واجباته الجنسية ، فإن المعجز الجنسي فلا يتوافر ، خاصة أنه وإن كان الطبيب قد أشار إلى احتمال إصابة أى شخص بعنة نفسية إلا أنه لم يجزم بوجودها لدى الزوج ، وأن الأوراق خالية من أى دليل على صحة هذا الافتراض عند الزوج ، فضلا عن أن ما ذكرته الزوجة المدعية بمحضر المناقشة من أن المدعى قد فض بكارتها بقضيه يتعارض مع ادعائها بإصابته بالعنة^(٢).

(١) وقد قضى بأن « استناد الزوجة إلى عدم الحمل واتخاذها منه قرينة على العنة التضائية يسح بالإحالة إلى التحقيق ، هذا الاستناد في غير محله ، لأن عدم انجاب النسل ليس قرينة على العنة حتى يكون سببا لاحالة الدعوى إلى التحقيق . . . » (استئناف القاهرة في ١٩٥٨/٦/٢٥ قضية رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق) .

(٢) القاهرة الابتدائية في ١٩٥٧-١١-٢٣ قضية رقم ١٧٣ سنة ١٩٥٣ .

وخلاصة القول في هذا الشأن أنه إذا كان من الميسور إثبات العجز الجنسي الناشئ عن أسباب عضوية عن طريق الفحص الطبي ، فإن ذلك يصعب في حالة العجز الناشئ عن أسباب نفسية ، ولهذا يلجأ في إثبات العجز الجنسي بشأن هذه الحالة الأخيرة إلى الظروف المحيطة . والأمر متروك لتقدير القضاء . والواقع أنه في هذه الحالة ينبغي على القاضي التريث والحيلة ، خاصة وأن الأسباب النفسية التي تؤدي إلى انعدام الكفاءة الجنسية قد تزول عن طريق العلاج النفسي^(١) . إلى أن يتأكد لدى القاضي أن العجز لن يرحى زواله ، أي إلى أن تتوافر فيه صفة الدوام ، كما بينا في كلامنا عن شروط قيام هذا المانع^(٢) . هذا ويراعى أنه لا ينبغي أن يؤخذ في صدد إثبات العنة بإقرار أحد الزوجين ، حتى ولو كان الإقرار من المريض نفسه ، لأنه قد يدعى المريض رغبة في التخلص من الحياة الزوجية^(٣) .

١١٢ - (ب) الجنون والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة: يعالج فيها القانون الكسبي الجنون والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة بصفة عامة. ضمن الموانع الشخصية مع أمراض العجز الجنسي . ونعرض هنا لتلك الأمراض

(١) أنظر دفت خفاجي - وراجح لطفي السابق ص ٢١ بالهامش .
(٢) ويحسن في هذا الصدد الاستشارة بما تقرره الشريعة الإسلامية من أن القاضي لا يحكم بالتفريق مباشرة وإنما ينتظر مدة للتحقق من ثبوت العجز ، وقد قدرت المدة هنا سنة لأن فيها التوصل الأربعة على أمل أن الزوج يستطيع قربان زوجته في فصل منها دون غيره (أنظر في هذا : عمر عبد الله ، السابق ، ٣٧٦-٣٧٧ - محمد أبو زهرة . الأحكام الشخصية ، قسم الزواج ، سنة ١٩٥٠ ص ٣٥٥) .

(٣) فقد يدعى الزوج مثلاً أنه مصاب بعجز جنسي ، فلا ينبغي أن يؤخذ بإدعائه وخاصة إذا كان لا يوجد في أوراق الدعوى ما يؤيده ، وقد نفتت الزوجة وهي التي من حقها أن تنضم من ذلك العجز لو صح قيامه (استئناف القاهرة في ١٧/٤/١٩٥٧ ، قضية رقم ٣١٩ ص ٧٣ ق) .

باعتبارها ضمن موانع الزواج ، أما باعتبارها سبباً من أسباب الطلاق فهذا موضوع آخر ستعرض له فيما بعد . فما هو حكم تلك الأمراض باعتبارها من موانع الزواج لدى الطوائف المسيحية المختلفة ؟ يجدر أن نشير أولاً إلى أن بعض القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة هي التي تجعل من تلك الأمراض مانعاً من الزواج .

فبالنسبة للطوائف الأرثوذكسية نجد أن الاقباط يعتبرون الجنون مانعاً من موانع الزواج يترتب عليه البطلان . ومن الواضح أن الجنون الذي يعتبر من موانع الزواج هو الذي يكون قائماً وقت المقد . والواقع أنه لم يكن هناك داع للنص على اعتبار الجنون مانعاً من الزواج ، لأن في استزمام توافر الرضا والتمييز لدى كل من طرفي عقد الزواج ما ينفي عن الكلام عن الجنون باعتباره مانعاً من موانع الزواج ؛ فالجنون فاقد التمييز معدوم الإرادة وبالتالي لا يمكنه أن يعقد زواجا صحيحاً كما بينا من قبل ^(١) ، وبالتالي يمكن إعمال حكمه على هذا النحو بالنسبة لجميع الطوائف الأرثوذكسية الأخرى .

ومع ذلك فإن الطوائف الأرثوذكسية تتكلم عن الجنون وتجهله سبباً يخول كلامن الزوجين أن يطلب التطليق على أساسه إذا ما أصاب الطرف الآخر ،

(١) أنظر ما سبق ، فقرة ٩٧ ، وقد نصت المبادئ الحديثة للأقباط على اعتبار الجنون من موانع الزواج (مادة ٢٦ من مجموعة ١٩٥٥ ومادة ٢٧ من مجموعة ١٩٢٨) .

والظاهر أنهم قد تأثروا بما قال به فتاؤم في هذا الصدد . ذلك أن ابن الصال (المرجع السابق ص ١٩٦) يعتبر مانعاً عرضياً من موانع الزواج إذا كان زمن الافاقة منه أقل . وقد تسكلت الخلاصة القانونية كذلك عن الجنون ضمن موانع الزواج التي إذا اتفق حصول الزواج مع وجودها فلا تنفذ يكون لأغياً مفسوخاً لاجول عليه (أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية تحت الموانع الشخصية) .

مق توافرت شروط معينة عرضت لها الطوائف المختلفة^(١).

هذا بالنسبة للجنون . أما عن الأمراض الأخرى فإن موقف الطوائف المسيحية يختلف بالنسبة لها . ذلك أن من القواعد الخاصة بهذه الطوائف ما يدخلها في الاعتبار ومنها ما ليس كذلك .

فبالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة، لم تذكر الإرادة الرسولية شيئاً عن الأمراض الأخرى غير العجز الجنسي : وهذا يعني أن وجود مثل تلك الأمراض لا يعتبر مانعاً من موانع الزواج يؤدي إلى بطلانه إذا كان موجوداً وقت العقد^(٢) . وهذا هو الحكم لدى الانجليكان .

أما الطوائف الأرثوذكسية فإن الأقباط والسريان يعرضون لهذه الأمراض بين موانع الزواج ، خلافاً للأرمن والروم .

أما عن الأقباط الأرثوذكس فلم تعرض مجموعة ١٩٥٥ للأمراض الأخرى غير العجز الجنسي عدا الجنون^(٣) . ولكن من مقارنة نصوص هذه المجموعة بمجموعة ١٩٣٨ يتضح لنا أن هذه الأخيرة تلحق الأمراض الأخرى

(١) أنظر المادة ٥٢ / ١ و ٥٤ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط . وكذلك ابن الصالح م ٢١٥ — ٢١٦ بالنسبة لحالة العرع من جنون . وكذلك المسألة ٢٥ (السبب السابع) من الخلاصة القانونية . والمادة ٧٢ و ٧٨ من مجموعة السريان ، والمادة ٣٩ أرمن والمادة ١١ روم ! وتقابل ١٤٤٣ من القانون المدني اليوناني) .

(٢) إلا أنه يمكن القول أن ظهور مثل تلك الأمراض بأحد الزوجين قد يكون سبباً من أسباب التفريق بينهما ، وبوجه خاص إذا كان من الأمراض التي يمتد على الزوج الآخر منها في نفسه أو جسده . وقد نص على حكم هذه المسألة في المادة ١٢٠ من الإرادة الرسولية على ما سنبينه في حينه .

(٣) ويرامى أن هذه المجموعة (سنة ١٩٥٥) لم تتكلم عن الأمراض باعتبارها سبباً لطلب التطلاق إذا طرأت أثناء قيام الحياة الزوجية .

كالسمل المتقدم والسرطان والجذام بالعجز الجنسي . فقد نصت المادة ٢٧ من هذه المجموعة على أن الزواج لا يجوز إذا كان طالب الزواج مصابا بمرض قتال كالسمل المتقدم والسرطان والجذام . أما إذا كان طالب الزواج مصابا بمرض قابل للشفاء ، ولكن يخشى منه على سلامة الزوج الآخر كالسمل في بدايته والأمراض السرية ، فلا يجوز الزواج حتى يشفى المريض . وواضح أن النص في هذه الحالة يتكلم عن الأمراض المشار إليها باعتبارها من موانع الزواج ^(١) .

ولعل في موقف واضع مجموعة ١٩٥٥ ما يدعو إلى التساؤل عن السر في استبعاد الأمراض التي ذكرت في مجموعة سنة ١٩٣٨ من بين الأسباب التي تؤدي إلى فسخ الرابطة الزوجية بصفة عامة . قد يكون الدافع لهم على ذلك هو الرغبة في تضيق نطاق أسباب حل عقدة الزواج . وهذا أمر - كما قيل بحق ^(٢) - لا يخلو من التطرف ، وخاصة في الحالات التي يكون فيها الشفاء مستحيلا ، وقد يكون في إيجاب الطرف السليم على القيام بفروض الزوجية ما يمرض حياته للخطر ، وهذا ما يفوق الخطورة التي تنجم عن العجز الجنسي ، ولذلك كان من اللازم عدم إغفال النص على تلك الأمراض الخطيرة ^(٣) .

ويؤيد هذا الاتجاه ما قال به الفقه الكنسي للأقباط . فقد جاء في قوانين ابن لقلق عند كلامه عن الزيجات الممنوعة ما نصه « وأما امتناع الاجتماع المقصود

(١) كما تعرضت المادة ٥٤ من المجموعة نفسها للمرض الطاريء بعد الزواج وقررت أنه يبيح طلب التطلق ، إذ نصت على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض مد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء » .

(٢) أنظر حلمي بطرس ، مذكراته السابق الإشارة إليها ص ٢٠٣ .

(٣) أنظر عكس هذا ، أحد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٢٥٩ .

بالزيجة فكالحصى والجنون المطبق والجذم والبرص والعظم الناشئ في النساء ،
والعينين والخشي ، وما يجري هذا المجرى ^(١) . ويبين من العبارة الأخيرة أن
الحالات المذكورة ليست إلا على سبيل التمثيل فقط . ولم يخرج ابن السال عما
ذكر ابن لقلق في هذا الصدد بصفة عامة ، وإن كان أكثر منه توضيحا وتفصيلا
فقد ذكر ضمن موانع الزواج « ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة . وهو
إما طبيعي كالعينين ، وهو الذي لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ؛
والخشي وهو الذي له فرج الذكر والمرأة معا في موضع واحد ؛ وكن له عظم
زائد مانع . وإما عرضي وهو ثلاثة أضرب : أحدها الخصى ، وثانيها الجنون
الذي يكون زمان الافاقة منه أقل ، وثالثها الأمراض القاطعة كالجذام . وأما
البرص فالأمر فيه راجع إلى الاختيار » ^(٢) .

(١) ملحق ابن السال ص ٢٢ (من الملحق) .

(٢) ابن السال ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ . وقد عالج ابن السال ما جاء في هذا
الصدد كذلك عند كلامه عن فسخ الزواج (ص ٢١٢ وما بعدها وخاصة ص ٢١٤ — ٢١٦)
وهو يرجح أنه في حالة ما إذا تزوج شخص بإمرأة ثم عرض لها بعد زيجته به داء في بدنها مثل
الجذام والبرص ، وأراد الزوج مفارقتها ، كان له ذلك بشرط أن يعطيها مهرها وجهازها . وإذا
لم يرغب في مفارقتها فبالحق له اعتزالها بشرط أن يجري عليها النفقة على قدر ماله ، لأن
ما حدث لها لم يكن بهوها ولا بهواه . وواضح من هذا أن ابن السال يشكك من انقضاء
الرابطة الزوجية بعد قيامها بسبب الأمراض الطارئة .

وقد تكلم ابن السال في هذا الصدد كذلك عن حالة ما إذا وجد الرجل المرأة « ناقصة
في خلقها بخلافه خلقة النساء لا تصلح للرجال ... » (أنظر ص ٢١٤ - ٢١٥) .

كما عرض كذلك لحالة التي تصرع من جنون إن كانت قد حدث لها هذه العلة وهي مملكة قبل
دخولها عليها ، ودلس أمرها عليه ، ولم يفهمه ، وأراد تخليتها ، فليفسح له في زيجة غيرها ولها مهرها
وجهازها وجميع ما جابت به من بيت أبيها ... (أنظر ص ٢١٥ من ابن السال) . أي أنه يلحق الصرع
من جنون بالأمرض الأخرى متى كانا قائما قبل الزواج ، حتى ولو بعد الإملاك ، وذلك إذا
دلس أمرها أو خفي عليه . وقد جاء بعد ذلك أنه « إن كان الصرع بها قبل التزوج ولم
يعلم ذلك ، فإن أحب مفارقتها فليبه أن يعطيها كل ما جبرت به . وأما ما كتب به لها من ماله
فهو له » (ص ٢١٦ من ابن السال) .

أما عن الخلاصة القانونية فقد تكلمت في المسألة ١٧ منها عن « موانع الزيجة » وقسمتها إلى قسمين ، ثم قسمت الأول منها بعد ذلك إلى نوعين : موانع القرابة ، والموانع الشخصية . وفي صدد الكلام عن الموانع الشخصية ذكرت الجنون المطبق والجذام والبرص . وقد بينت حكم الموانع المذكورة فنصت على أن هذه هي موانع الزيجات الثابتة التي إذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فلا انعقاد يكون لانغيا مفسوخا لا يعول عليه ^(١) .

ومن ذلك يتبين لنا أن فقهاء الأقباط الأرثوذكس يعطون حكم العجز الجنسي لبعض الأمراض الخطيرة كالجذام والبرص ، كما أن القواعد المعمول بها منذ سنة ١٩٣٨ تنص على السل المتقدم والسرطان ، وهي أمراض خطيرة تقتضى عزل المريض ، وتجعل من قيام الحياة الزوجية خطراً يهدد السليم من الزوجين ، كما أن وجودها يؤدي إلى تخلف المقصود من الزواج ، وهذا ما يجعلها سبباً من الأسباب التي تبیح إبطال الزواج أو التفريق بين الزوجين ^(٢) .

(١) فإذا طرأت الموانع الشخصية التي ذكرت في المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية ، بعد الزواج فاتها تعتبر سبباً « فسخ » الزيجة من أجله إذا استمرت ثلاث سنوات ولم يكن من الممكن البرء منها ، وذلك متى رغب المصافق منها في الفرقة (أنظر المسألة ٢٠ السبب السابع من الخلاصة) .

ويراعى في هذا المبدأ أن صاحب الخلاصة القانونية يستعمل اصطلاح « فسخ » الزيجة سواء في حالة ما إذا كان المانع موجوداً وقت العقد ، وهو ما يقابل ما نسبته البطلان ، أو في حالة المانع الطارئ . بعد قيام الرابطة الزوجية وهو ما يعطى الحق في طلب التخليق وإن كان يطلق على ذلك أيضاً كلمة « فسخ » . ويبدو لنا أن الفقه القبطي لا يميز بين البطلان والفسخ والطلاق على نحو واضح كما بينا من قبل . وقد يستعمل كلمة فسخ ليعبر بها عن حالة بطلان أو طلاق .

(٢) وفي هذا الصدد يقول صاحب الخلاصة القانونية في المسألة ٢٦ القسم الأول :
« أما الموانع الشخصية ، فيا أن الوضع الرباني من الزواج هو لتأيات ثلاث (...) وهي نطلب =

ونكى يمكن إدخال الأمراض المذكورة في الاعتبار ، يتعين أن يتوافر بالنسبة لها ما يستلزم لقيام المعجز الجنسي باعتباره مانعا من موانع الزواج . فيلزم أن تكون الأمراض المذكورة قائمة وقت انعقاد الزواج ، كما يلزم أن تكون أمراضا دائمة لا يمكن البرء منها ، وأن تكون من الخطورة بحيث لا تقوم الحياة الزوجية إلا بضرر جسيم للطرف الآخر . فإذا طرأت تلك الأمراض بعد قيام العلاقة الزوجية لا تعتبر من موانع الزواج ، وإنما قد تعتبر سببا لفصم الرابطة الزوجية عن طريق التخليق ، كما سنبين ذلك في حينه . وإذا لم تكن دائمة ، وإنما كان يرجى البرء منها فإنها لا تقوم عقبة في سبيل استمرار الحياة الزوجية . وهذا هو الحكم أيضا إذا كانت أمراضا غير خطيرة ، إذ أن الحياة الزوجية لا تكون خطرا على السليم منها . وكل هذه أمور تترك لتقدير القضاء ، وله أن يستعين في معرفة كل تلك الأمور بأهل الخبرة من الفنين .

وقد وضمت الخلاصة القانونية في هذا الصدد قواعد من المفيد الأخذ بها في صدد الموانع الشخصية بصفة عامة وهي المعجز الجنسي والأمراض سالفة الذكر . فجاء في المسألة ٢٥ أن الزيجة « تفسخ » إذا عقدت مع وجود الموانع الشخصية « متى شاء أحدهما الفرقة ولم يرد المعاشرة بحيث يتميز الحال فيما يكون الاقتران حصل بتدليس الأمر على القرين الآخر وبينما يكون صار بعلم

= النسل وتحصن الزوجين من ألم الشهوة والتناون على الماش تطبيقا للنصوص الصادرة عن ذلك . ولا شك أنه مع وجود الأسباب الشخصية المبينة في قسم ٢ من المسألة ١٧ يتمتع ولا بد الحصول على هذه النابات الثلاث المقصودة بالزواج كالوضع الإلهي ، فلا يمكن الاجتماع المقصود من النسل والتحصن ولا يتم التناون في الماش بواسطة تلك الموانع . وكان الزواج بهذه الحالة أصبح عديم الفائدة . فلذا صرحت القوانين بفسخ زيجة المصاين بهذه الموانع إذا تطلب أزواجهم الفرقة ... » .

وتراضى ، فإن كان الاقتران وقع بنش وجب الفسخ حالا ، وإن كان يعلم وتراضى الآخر ثم استمر الزوجان من سنة إلى ثلاث سنوات بحسب ما تحتمله حالة المرض المانع لربما يكون مما يمكن زواله ، انتظر لغاية كمال الثلاث سنوات من عهد الزواج . فإن عوفى المريض منها . وإن لم يبرأ وتحقق أن الاجتماع يبق غير ممكن مدة الثلاث سنوات من وقت الفروج ورجب الفریق الثانى الافتراق والزواج بآخر يجاب إلى ذلك . وإن كان المرض مما لا يمكن زواله بأى علاج ، وكان القرين الآخر ممن لا يحتمل الصبر ثلاث سنوات ورجب الفریق بعد سنة واحدة مضت للزواج ، فلترئیس إجابته بعد النظر الدقيق العادل ، وتحقق الحق وتزيف الباطل . هذا هو الحكم لدى الأقباط الارثوذكس^(١) .

(٢) ١١٣ - ثالثا : مانع الزواج السابق : L'empêchement de Lien :

يشتمل هذا المانع فى عدم إمكان إبرام زواج ثان طالما بقى الزواج الأول قائما . وهو من الموانع التى أقرتها الكنيسة فى الشرق والغرب منذ البداية ، لأنه من التعاليم الإلهية التى تحرم تعدد الأزواج ، إذ يقول المسيح إن الذى خلق من البدء خلقها ذكرا وأنثى ... من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا . إذا ليسا بعد اثنين بل جسدا واحدا^(٣) . فطالما بقى الزواج الأول قائما حرم على أى من الزوجين عقد زواج جديد مع شخص آخر ، وإلا كان زواجه الثانى باطلا ، إذ هناك مانع يمتد من الزواج

(١) أما بالنسبة للبربان ، فقد نصت المادة ١٢ خامسا على أن من موانع الزواج « ألا يكون فيها عيوب جسمية كالأمراض السارية الممثلة من الزيجة » . وهذا النص يجب تفسيره على ضوء القواعد التى أوردها فقهاء الأقباط الارثوذكس على ما بيناه فى المتن .

(٢) أنظر تفصيلا فى هذا الموضوع : شفيق شعاعه ، أحكام الأحوال الشخصية ، الجزء السادس ١٩٦٢ .

(٣) انجيل متى الاصحاح ٩ الآيات ٤ وما يليها .

الثاني وهو قيام الزواج السابق . فلان في هذه الحالة يقوم على خاصتين من خصائص الزواج وهما الوحدة وعدم قابلية الرابطة الزوجية للانحلال ولاخلاف بين المذاهب المسيحية جميعها في ذلك^(١) .

ولكى يوجد هذا المانع ، يتعين أن يكون الزواج السابق صحيحا قائما . ويمكن أن يوجد عقد صحيح حتى ولو لم تحصل معاشرة بين الزوجين ؛ فالعبرة بتمام العقد الصحيح ولو لم يكن الزواج قد اكتمل بالدخول والمعاشرة الجنسية . وعلى هذا فطالما لم يثبت أن الزواج السابق وقع باطلا ، أو أنه انحل لسبب من الأسباب ، يعتبر الزواج الجديد باطلا لقيام المانع^(٢) .

ولابد أن يثبت بطلان الزواج الأول أو انحلاله على وجه يقيني وبطريق قانوني ، سواء كان ذلك عن طريق حكم قضائي أو بدليل قطعي آخر ، وذلك على الأقل في حالة الشك كشهادة الوفاة مثلا . وقد جاءت المادة ٥٩ من الإرادة الرسولية للكاتوليك في فقرتها الثانية مقرررة لهذا المعنى السابق ، إذ

(١) أنظر المادة ٢٤ من مجموعة ١٩٥٥ و ٢٥٠ من مجموعة ١٩٢٨ للأقباط الارثوذكس حيث نص على أنه « لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زواجا ثانيا مادام الزواج قائما » . وانظر أيضا المادة ٢ (١) من قواعد الروم الارثوذكس والمادة ٥ من قواعد الأرمن الأرثوذكس ، والمادة ١٢ (أولا) للريان ، والمادة ٦ بالنسبة للأنجليكان . وتنص هذه المادة الأخيرة على أن « الزواج هو اقتران رجل واحد وامرأة واحدة اقترانا شرعيا مدة حياة الزوجين » . وتقضى المادة ٥٩ من الإرادة الرسولية بالنسبة لقطائف الكاثوليكية عامة . « ١ — أن من كان مقيدا بوثاق زواج سابق ولو غير مكتمل يحاول باطلا عقد الزواج . هذا مع مراعاة امتياز الايمان » . وانظر كذلك المادة ٩٩ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاز ، السابق ، ج ٥ ص ٣٨٠ .

(٢) وعند الريان الأرثوذكس تعتبر الخطبة السابقة مانعا من الموانع المبطة لعقد الزواج والخطبة ، إذ تنص المادة ١٢ على أن الموانع الشرعية في الخطبة والزواج هي (أولا) ألا يكون أحد الخطيبين مخطوبا لآخر أو مرتبطا بذيعة أخرى .

نصت على أنه « وإن كان الزواج السابق باطلاً أو انحل لا نرى سبب كان ، فلا يجوز عقد زواج آخر قبل أن يثبت يقيناً وعلى وجه شرعي أن الزواج السابق باطل أو أنه انحل »^(١) .

ويدق الامر في حالة غيبة أحد الزوجين . والغيبة في ذاتها لا تعتبر سبباً كافياً لإبرام زواج جديد ، بل لابد من تحقق موت الغائب وإثبات ذلك على وجه يقيني^(٢) . وأما بالنسبة للمذاهب المسيحية التي تبيح التطلق للنية ، فلا بد في هذه الحالة من صدور حكم من القضاء بذلك وبتطبيق الحاضر من الزوجين ؛ فإذا ما قضى له بذلك أصبح في حل من أن يتزوج من جديد^(٣) .

وهناك حكم خاص بالطوائف الكاثوليكية نصت عليه المادة ١٠٩/١ من الإرادة الرسولية . إذ بعد أن قررت هذه المادة أن من كان مقيداً بوثاق زواج

(١) ويرتّب على ذلك أنه في حالة ادعاء الزوج الذي نسب إليه التصدد بطلان زواجه الأول ، يكون على القاضي قبل أن يقضى بطلان زواجه الثاني ، أن يفصل أولاً فيما إذا كان زواجه الأول باطلاً أم صحيحاً . ذلك لأنه إذا كان الزواج الأول باطلاً فإن الزوج يعتبر أنه لم يرتبط أصلاً ، ويكون له تبعاً لذلك أن يعقد زواجا آخر — (أنظر المادة ١٨٩ من القانون المدني الفرنسي) .

(٢) وقد أورد فيليب جلاذ (المرجع السابق ، ج ٥ ص ٣٨١) ، في صدد القواعد الخاصة بالكاثوليك ، حكم النية فقرر أن « غيبة أحد الزوجين ، وإن طالت ليست بمحجة كافية لتزويج بآخر ، بل لابد من تحقيق موت الغائب » وأن « الحكم بحقيقة الموت يتعلق بالاستسقف ولا يسوغ له أن يأذن بعقد الزواج إن بقي متردداً » .

(٣) وتبيح القواعد الخاصة بالطوائف الارثوذكسية جميعاً التطلق لنية ، أنظر مثلاً : المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطار والمادة ١٠ من القواعد الخاصة بالروم والمادة ٤٧ من القواعد الخاصة بالأرمن والمادة ٩٣ و ٩٤ من القواعد الخاصة بالريان .

وانظر في النية : Caltier ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ — ١٣٠ . وقارن أحكام الشريعة الإسلامية باللبسة للمفقود ، للاستاذ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٥٨ وما بعدها .

سابق ولو غير مكتمل ، كان هذا مانعا من زواج جديد طالما بقي الزواج قائما ، وإلا كان الزواج الجديد باطلا ، بعد أن قررت ذلك عادت واستنتت حالة يعبر عنها بامتياز الايمان (Le privilège de la foi) أو الإنعام البولسى . ومقتضى هذا الامتياز أنه إذا ارتد كافر إلى الايمان (المسيحية) وكان متزوجا ، وبقي الزوج الآخر في الكفر ، فيمكن الزوج المرتد أن يعقد زواجا جديداً ؛ ويبطل العقد الأول من مجرد إبرام العقد الجديد ^(١) .

على أنه إذا انقضت الرابطة الزوجية السابقة ، سواء بالوفاة أو بأى سبب آخر ، فلا يحق للمرأة أن تعقد زواجا جديداً خلال مدة معينة هي فترة العدة منعاً لاختلاط الأنساب ^(٢) .

هذا ، ويجدر بنا أن نتوه في هذا المقام بكرهية الديانة المسيحية لتعدد الزيجات ، للدرجة أن بعض الكنائس اعتبرت أن الزوج ثلاث مرات يعد مانعا للزواج الرابع . بمعنى أنه إذا كان الشخص قد تكرر زواجه ثلاث مرات متتالية — والمفروض أنه لا يجمع بين زوجتين — فإن هذا يعتبر مانعا من إبرام زواج رابع ^(٣) . على أنه إذا كانت المسيحية تكره تعدد الزيجات على هذا النحو

(١) أنظر رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنتوس : الاصحاح ٧ الآيات ١٢ ومايلها .
أنظر أيضا المادة ١٠٩ ومايلها من الارادة الرسولية للسكرتوليك وخاصة المادة ١١٢ .

(٢) وستعرض فيما يلى للعدة باعتبارها مانعا من موانع الزواج .

(٣) وتجمل القواعد الخاصة باليوم الارثوذكس من وجود « زواج ثالث سابقا » مانعا مطلقا من الزواج (مادة ٣ ب) ، ولم يرد هذا المانع في القواعد الخاصة بالاقباط الارثوذكس ، وإن كان الفقهاء الارثوذكس قد تسكلموا عن ذلك . فقد جاء في قوانين ابن تلقى (ملحق بابن السال ص ٢٢) أنه « لا يتزوج مؤمن . . . بالرابعة فصاعدا » وهذا ما ذكره ابن السال كذلك اذ قرر بين ما منع الزواج : الجمع بين زوجتين أو أكثر ، وكذلك : زيجة الإربابة فصاعدا . ويقول في موضع آخر أن الزيجة الثالثة هي علامة النواوبة لمن يقدر أن يضبط نفسه ، وهي اثناء وسخ في البيعة . . . فأما أكثر من الثالثة فهي علامة =

فإن اعتبار الزيجات السابقة إذا تكررت مانعا من زواج جديد محل نظر لتعارضه مع حرية من حريات الفرد الأساسية المتعلقة بحقه في الزواج ، ولعل هذا ما قد يفهم من رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس^(١) إذ يقول : « ولكن أقول لغير المتزوجين وللأرامل إنه حسن لهم إذا لبثوا كما أنا . ولكن إن لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا ، لأن التزوج أصلح من التحرق »^(٢).

= النواية لمن يقدر أن يضبط نفسه ، وهي إناه وسخ في البية ... فأما أكثر من الثالثة فهي علامة الزنا الظاهر . ومن جسر على أن يصير إلى التزويج الرابع القى ليس هو تزويجا فلا يحب مثل هذا زواجا ، ولا المولودون منه بنين مختصين يرفون ويلقى في عقاب المتدينين بأوساخ الزنا ويفرق بعضهم من بض ... » (ابن السال من ١٩٧ وص ٢٠٥ ، وانظر كذلك ص ٢٠٦) .

(١) الاصطاح ٧ الآيات ٨ و ٩ .

(٢) أنظر مع ذلك الدكتور شفيق شحاته ، جزء ٦ ، السابق ص ٢٣ بالهامش . ثم أنظر كذلك ما أورده في شأن تناقب الزيجات . مشروع الأروام الأرثوذكس لبنيان حيث استبعد من بين نصوصه مانع الزواج الثالث (أنظر رقم ٦٣٦ ص ٢٧ جزء ٦) ، وأن شريعة النساطرة - على خلاف الشريعة البيزنطية - قد أباحَت الزيجات المتعاقبة أيما كان عددها (شفيق شحاته السابق ٦ رقم ٦٣٨ ص ٢٩) . وبالنسبة للشريعة السريانية ، لم يجعل من الزواج الثالث مانعا مبطلا ، بل هو كما يبدو مما أورده ابن العبري مانع محرم فقط (المرجع نفسه رقم ٦٤٢ ص ٣٠) . كما لم يرد في مجموعة السريان ما يمنع تناقب الزيجات المرجع السابق رقم ٦٤٥-٦٤٦ ص ٣٠-٣١) . وهذا المانع غير موجود كذلك في الشريعة المارونية . بل إنه قد صدرت قرارات من بعض مجامعهم تصرح بمشروعية الزواج الثالث والرابع (على التعاقب طبعا) (أنظر شفيق شحاته ، السابق رقم ٦٦٤ ص ٤٠) . وكل ما هناك أنه في حالة تناقب الزيجات ، فإنه لا تتخذ إجراءات التتويج بالنسبة لمن سبق زواجه . أما البسك فتتخذ إجراءات التتويج بالنسبة لها وحدها فقط . وعند الأرمن لم يجعل من الزيجات المتعاقبة مانعا من الزواج في مجموعتهم . وقد تلاشى هذا المانع من شريعته بعد القرن الرابع عشر (أنظر شفيق شحاته السابق رقم ٦٧١ ص ٤٤) . كما يراعى أن المجموعات الحديثة للاقباط لم تنس على مانع الزيجات المتعاقبة . وكذلك الشأن بالنسبة للخلاصة القانونية (أنظر شفيق شحاته ، السابق رقم ٦٨٩ وما بعده) .

١١٤ - رابعا : مانع الدرجات المقدسة (الكهنوت) : L' ordre sacré :

هذا المانع من شأنه أن يحرم الزواج على الذين قبلوا بعض الدرجات الكهنوتية إذ أن من قبل هذه الدرجات يتنازل بذلك عن الزواج. وإذا كان الإنجيليون لا يجمعون من الكهنوت مانعا من الزواج، فقد اختلفت وجهات نظر الكنائس الأخرى في هذا الصدد .

وعند الأرثوذكس لم يرد في القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس نص على هذا المانع ، ولكن الكنيسة تجري على اشتراط عدم الزواج في كل رتبة كهنوتية تملو رتبة القسيس والقمص ، ولا تختار من يشملون هذه الدرجات إلا من بين الرهبان ، وتحرم عليهم الزواج ، ولكن إذا تزوجوا فإن زواجهم لا يكون باطلا ، وكل ما هنالك أن صفاتهم الكهنوتية تسقط عنهم ^(١) . وقد أورد ابن السال في هذا الصدد أن « أى كاهن تزوج بعد قبوله درجة الكهنوت فليقطع من درجته ^(٢) » . هذا بالنسبة للأقباط . أما لدى غيرهم فانه لا يعد مانعا إلا عند الروم فقط ^(٣) .

أما بالنسبة للعوائف الكاثوليكية بصفة عامة ، فيعتبر الكهنوت من الموانع المبطللة للزواج بالنسبة لدرجات معينة . فطبقا للمادة ٦٢ من الإرادة الرسولية

(١) أنظر في هذا : ابن السال : السابق ، ص ٦٨ . وانظر بصفة عامة : دوفليه ودوكيرك ، عن الزواج في القانون الكنسى الشرقى ، ص ١٧١ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٧٧ .

(٢) ابن السال ، السابق ، ص ٨٢ . وانظر أيضا ص ٢٠٤ . والظاهر أنه إذا كان متزوجا من قبل يبقى متزوجا . إنما لا يجوز له أن يجمع بين امرأتين أو امرأة وسرية ، وإلا فليخرج من الكهنوت .

(٣) فلم يرد هذا المانع في مجموعة الأرمن والريان . أما بالنسبة لروم ، فقد نصت المادة ٣ من القواعد الخاصة بهم على أن الشرطونية والانخراط في سك الرهبة متبعا مانعا من الموانع القطعية التي يترتب عليها بطلان الزواج .

يعتبر الزواج الذى يحاول الاكليريكيون (Les Cleres) ، ذوو الدرجات الكبرى ، عقده ، زواجا باطلا . وتنص الفقرة ٢ من المادة نفسها على أن سلطة إبطال الزواج تمتد إلى درجة الشماس الرسائلى ، كما فى الدرجات الكبرى . على أن قيام هذا المانع يستلزم أن يكون من قبل الدخول فى الدرجات السكهنوتية والتحمل بالتزاماتها قد قبل ذلك فى حرية وعلى بينة من أمره ^(١) .

١١٥- خامسا : « نذر (نذر الترهيب) L'empêchement de voeu :
الربانية نظام قائم فى المسيحية ، شجته السلطات الكنسية منذ القدم ، هو نذر اختياري يقطع الشخص على نفسه بأن يتجرد من ملذات الدنيا وشهواتها مؤثرا حياة الزهد وإذلال النفس على الآباء والأبناء والزوجة والمال . ومن ذلك نرى أن الربانية ليست وظيفة من وظائف الكهنوت الذى يتولى رجاله سياسة أمور الكنيسة ^(٢) .

وقد تقرر هذا المانع فى المسيحية منذ عهد قديم . ففى مجمع أقره تقرر أن كل من نذر أن يكون بتولا ولم يحفظ العهد ، كان حكمه حكم من تزوج امرأتين وقد اعتبر بعض رجال الكنيسة أن الذى يتزوج بعد الترهيب أو نذر البتولية

(١) أنظر فى هذا الموضوع : Galtier : المرجع السابق ، ص ١٣٤ وما بعدها ؛ شارل دى كليرك ، السابق (جزء ٢) ص ٣٤١ ؛ De Smet ، السابق ، ص ٤٤٢ وما بعدها ؛ Fournet ، السابق ص ١٩٢ — ١٩٣ ، الرسالة الملخصة ، (ص ٢٣) عدد خاص بالزواج ، ص ٥٥٧ .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع : ابن السال ، السابق ، ص ٨٨ وما بعدها وكذلك ص ١٨٩-١٩٠ ، وأنظر الأساس الذى يستند إليه هذا النظام : انجيل متى ، الإصحاح ١٩ الآيات ١٢ والآية ٢٩ . وكذلك رسالة الرسول بولس ، الأولى إلى أهل كورنتوس ، الإصحاح ٧ الآيات ٣٢-٣٤ .

والربانية نظام معترف به فى مصر (أنظر حكم النقض فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة ص ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١ ، طين رقم ٥٧ ص ١١١) .

بعد آثما ، كن قارف جريمة الزنا ، وتبعا لذلك فانه ينبغي اتخاذ كل ما يلزم
لنقض زواج هؤلاء الأشخاص الذين نذروا أنفسهم لله . وفي مجمع أتمسرة
(سنة ٤٥١ م) تقرر كذلك أن كل راهب (أو بتول) يهب نفسه لله
يتزوج بعد ذلك ، يعاقب بالحرمان والطرده من عداد المؤمنين ^(١) .

ويختلف حكم هذا المانع لدى الكنائس المسيحية . أما بالنسبة للإنجليكان
فقد خرجوا على هذا النظام . إذ هم لا يعترفون بالرهابية ، وبالتالي لا تعتبر مانعة
من موانع الزواج عندهم . وقد ثار « مارتن لوتر » على هذا الوضع ورأى أن
حياة الزواج أفضل من حياة العزوبة .

وعند الأرثوذكس ، لا تشير المجموعات الحديثة الأقباط إلى هذا المانع ،
لأن الرهبانية نظام اختياري ، وتبعا لذلك يجوز المدول عنه . أما المجموعات
الفقهية والخلاصة القانونية فقد تعرضت له . وقد اعتبر ابن تليق زيجة التاركين
لرهبته مكرهة ، إلا أن الزواج لا يمنع لهذا السبب ^(٢) . إذ أن الرهبانية نذر
وليست إلزامية حتى تحول دون الزيجة وتجعلها محرمة ، فالتزوج أولى من
التحرق كما جاء في الكتاب المقدس ^(٣) . وقد ذكر ابن العسال أن الزيجة
بعد نذر الترهيب قيحة ، وأن من تزوج بعد نذر البتولية فحكمه من تزوج
أمرأتين ^(٤) . . . ويضم من ذلك أن ابن العسال يعتبر الرهبانية من الموانع المطلقة

(١) أنظر في هذا : دوفيليه ، ودوكليك ، الزواج في القانون الكنسي الشرق -
السابق ص ١٧٩ وما بعدها .

(٢) ملحق ابن العسال ، ص ٢٢ .

(٣) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوتاؤس عوض ، هامش ص ٢٩ .

(٤) ابن العسال ، المرجع السابق ، ص ١٩٠-١٩١ .

الزواج^(١). ويدون هذا ما أقره واضح الخلاصة القانونية فقد ، تكلم في المسألة السابعة عشر عن موانع الزيجة وقسمها إلى قسمين ، وفي القسم الثاني تكلم عن الارتباط بالرهينة وجعله من الموانع التي تمنع من الزيجة ما دامت موجودة ، والتي إذا زالت جاز التزويج . فالارتباط بالرهانية يمنع الزواج من قبل ويطله توافق حصوله . وقد جاء في المسألة ٢٥ من الخلاصة كذلك أن الزيجة إذا عقدت مع الارتباط بشكل الرهينة فإن هذا موجب للفسخ على كل حال ، سواء كان الاقتران حصل بعلم وتراض أو بنش وجمالة ، إذ لا يجوز عقد الزواج الشرعي مع هذا السبب ، فإذا زال ، بأن تنزل الراهب عن رهنه فعلا ، ورغب الفریقان في الاستمرار ، فلرئيس الشرعي أن يجيز لها ذلك إذا كان صائبا^(٢) وقد اعتبرت المسألة الثامنة عشر من الخلاصة القانونية من بين الزيجات المكروهة - وإن كانت مباحة - زيجة التاركي رهنهم . هذا بالنسبة للاقباط الأرثوذكس ، وإذا كانت المجموعات الحديثة عندهم لم تشر إلى الرهانية باعتبارها من موانع الزواج على أساس أنها نظام اختياري ، فإن الحكم ليس كذلك عند جميع الطوائف الأرثوذكسية الأخرى^(٣) .

(١) قارن مع ذلك شفيق شعانة ، أحكام الأحوال الشخصية ، جزء خامس ص ٣٣

خلاصة ١ .
(٢) كما جاء أيضا في المسألة ٢٥ أنه إذا كانت الزيجة قد عقدت بنش وكان النش من جهة الرتبة ، كمن تكون رتبته مائة له من الزوج ويخفيها رغبة في الزواج ، فإن كان ذو الرتبة راهبا أو راهبة وبعد ظهور الأمر رغب الراهب أو المترتبة العودة إلى طقس الرهينة وقبول التوبة ، فقد ذكر أحلاه أن الاقتران براهب أو راهبة منسوخ ، وإن كان لا يعوى العودة إلى طقسه الأول فقد بطل من الطقس الرهاني وصار أمر تجوز زيجته وعدمه مفوضا لرئيس الكنييسة . وإن كان كاهنا واقترن حلة كونه كاهنا فالزيجة موجبة لسقوطه من رتبة الكهنوت ، أراد أو لم يرد . أما تجوز تلك الزيجة وعدمه ، ففوض لرئيسه .

(٣) عند الروم الأرثوذكس يتم الانخراط في سلك الرهينة من الموانع القطعية =

أما عند الكاثوليك فيفرق بين النذر البسيط (voeu simple) أو النذر الخاص ، وهو النذر الذى يقطعه الانسان على نفسه بالتزام حياة البتولية دون أن يتم هذا العهد أمام الكنيسة ، والنذر الرسمى أو الاحتفالى (voeu solennel) وهو العهد الذى يقطعه الانسان على نفسه أمام الكنيسة ووقفا للاجراءات الدينية المتبعة فى ذلك .

والنذر البسيط لا يعتبر مانا مبطلا من موانع الزواج ، وإن كان يترتب على مخالفته أن يكون الزواج محرما ، رغم وقوعه صحيحا . فهو مانع محرم (prohibitif) لا مبطل (dirimant) للزواج . وقد نصت المادة ٤٨ من الارادة الرسولية على أنه : (البند الاول) : « يحرم الزواج : (١) النذر العمومى يحفظ العفة الكاملة الذى يصدر فى الترهيب البسيط أو الصغير : (٢) النذر الافرادى (Privé) يحفظ البتولية أو العفة الكاملة أو بعدم التزوج ، وكذلك النذر الافرادى يقبل درجة الشماس الرسائلى أو إحدى الدرجات الكبرى فى الطقوس التى يلتزم فيها الاكليرى يكون المحافظة على العزوبة المقدسة منذ نيلهم درجة الشماس الرسائلى » . (البند الثانى) : إذا استثنى النذر الاحتفالى أى النذر الذى يصدر فى الترهيب الكبير ، فلا يبطل الزواج بأى نذر آخر ، إلا إذا قرر ذلك بمرسوم خاص من الكرسى الرسولى بالنسبة لبعض الزيجات ^(١) .

= التى يترتب عليها بطلان الزواج (مادة ٣ من القواعد الخاصة بالزواج والطلاق عديم) . وانظر حكم هذا الموضوع لدى الأرمن والريان فى « دوفيليه ودوكليك » المرجع السابق س ١٨١ و ١٨٢ ، وانظر فى فسخ الزواج بسبب الرهينة والفسخ ، مادة ٧٩ وما بعدها من مجموعة الريان . وانظر خاصة المادة ٨٤ من مجموعة الريان وهى قرية من حكم المسألة ٢٥ خلاصة المذكورة فى الهامش السابق . ولم يورد الأرمن هذا المانع ضمن موانع الزواج فى مجموعتهم - (١) أنظر فى هذا : Galtier ، السابق ، ص ١٠٦ - ١٠٧ ، وكذلك : الرسالة التلمذية :

السابق الإشارة إليها « (سنة ٢٢ ، عدد خاص بالزواج) ١٠٤٩ - ١٠٥١ » .

والنذر الاحتفالي هو الذى يعتبر مانا مبطلا من موانع الزواج ، فاذا تزوج من قام بهذا النذر وفقا للراسم الدينية المتبعة فى هذا الشأن كان زواجه باطلا . وقد نصت المادة ٦٣ من الإرادة الرسولية على هذا الأمر فقررت أنه « يحاول عقد الزواج باطلا الرهبان ذو والنذور الاحتفالية ، أى الذى تبرز فى الترهيب الكبير ، وكذا من أبرز نذر العفة خارجا عن هذا الترهيب إذا أضيفت إلى هذا النذر قوة إبطال الزواج بمرسوم خاص من الكرسي الرسولى » . وهذا النص يفرق بين النذر الاحتفالي فى الترهيب الكبير ، ويترب عليه أن الزواج الذى يتم رغم وجود هذا النذر يقع باطلا ، ونذر العفة الذى يصدر خارجا عن هذا الترهيب الكبير (أى النذر البسيط) . وفى هذه الحالة الأخيرة لا يترب على مخالفة مثل هذا النذر بطلان الزواج ، إلا إذا صدر من الكرسي الرسولى مرسوم خاص يرب هذا البطلان ^(١) .

١١٥ مكرر - (سادسا) عدة كموانع من موانع الزواج : تتطلب القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية انقضاء فترة معينة بعد انحلال الرابطة الزوجية حتى تستطيع المرأة التى انقضت العلاقة بالنسبة لها إبرام زواج جديد . هذه الفترة هى التى تسمى فى الشريعة الاسلامية بالعدة . والفرض من العدة ، كما هو معلوم ، هو التأكد من خلو الرحم حفظا للأنسب . ثم هى إلى جانب ذلك تعتبر فترة حداد على الزوج السابق فى حالة وفاته ، وذلك من باب الوفاء والاخلاص للعلاقة الزوجية السابقة . فالزواج فى جوهره رباط بين الأرواح ، وهذا الرباط

(١) أنظر فى هذا : Galtier ، السابق ص ١٤٤ - ١٤٥ ، الرسالة التخلية العدد السابق ، ص ٥٥٩ - ٥٦١ ، « شارل دوكليرك » السابق ، (جزء ٢) ص ٣٤٢ ، وكذلك : De Smet ، السابق ص ٤٤٢ وما بعدها . وانظر أيضا المادة ٦٧ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيليب جلال ، السابق (جزء ٥) ص ٣٦٩ .

يظل كذلك حتى بعد انقضاء رابطة^(١) .

وقد عالج الكنائس الأرثوذكسية هذا الموضوع غرمت الزواج في الفترة اللاحقة على انقضائه ، وبذلك تكون المدة على هذا النحو مانعا من موانع الزواج ، وهي تعتبر من الموانع المطلقة التي تمنع الزواج من أى شخص ، طالما لم تنقض الفترة اللازمة لها . وهي مع ذلك من الموانع المؤقتة لأنها تنتهى بانقضاء مدة معينة .

ف عند الطوائف الأرثوذكسية حددت المادة ٢٥ من مجموعة سنة ١٩٥٥^(٢) للأقباط . المدة اللازمة للمدة بشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ انقضاء الزوجية بالوفاة أو بالفسخ ، فنصت على أنه « ليس للمرأة التي مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجا ثانياً إلا بعد انقضاء عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ » . فالمدة إذن واجبة على هذا النحو إذا ما انحلت الرابطة الزوجية لأى سبب كان ، سواء كان ذلك بسبب الوفاة أو لصدور حكم بالتطليق أو في حالة إبطال الزواج .

وتطبق هذه المدة بالنسبة للمرأة سواء كانت من ذوات الحيض أو لم تكن كذلك لصغر سنها أو لبلوغها سن اليأس أو لأنها فقدت الحيض أصلا . ومع ذلك فانه يجوز (« للمجلس الملى »)^(٣) أن يأذن بتقصيص هذا الميعاد متى ثبت له

(١) أنظر في هذا الموضوع صفة عامة : عمر عبد الله ، الأحوال الشخصية (١٩٥٦) ص ٢٩٣ وما بعدها . الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ط ١ ، ١٩٥٦ ص ٣٤٥ وما بعدها . محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية (قسم الزواج) ط ٢ ، ١٩٥٠ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٢) وقابل المادة ٢٦ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) ويبد إلغاء المجالس المليئة انتقل هذا الحق إلى المحاكم ، فأصبحت تنقض باختصاصها =

بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يقاشر زوجته منذ عشرة شهور » .

أما بالنسبة للحامل فإن عدتها تتحدد بوضع الحمل بعد وفاة زوجها أو فسخ عقد الزواج . وهذا الحكم معمول به طبقاً للشريعة الإسلامية كذلك بين المسلمين - فإذا ما وقعت الفرة بين المرأة وزوجها ، أيا كان سبب هذه الفرة - الوفاة أو التبليق أو البطلان - وكانت المرأة حاملاً آنذاك تحددت عدتها بوضع الحمل ^(١) .

= بتقيص مدة العدة طبقاً لما جاء به نص المادة ٢٥ سالف الذكر . وانظر في هذا حكماً لمحكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٨/٦/١٥ في القضية رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٥٧ أشار إليه وفعت خفاجي وروايح لطفي جمه في مؤلفها السابق ، الكتاب الأول ص ٢١-٢٢ . ومع ذلك فأننا لا نرى أن يعد الحق في تقيص المدة إلى النافها كلية . أنظر كذلك شفيق شعاعه السابق ج ٦ رقم ٧٠٠-٧٠١ ص ٦٧ وما بعدها .

(١) ولم يرد تنظيم المدة على النحو السابق لدى فقهاء الأقطاط الأرثوذكس . فقد جاء في المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية أن ممن يمنع زواجهن « التي لم تنقض مدة حزنها ، وهي عشرة شهور لوفاة زوجها » . فالمدة محددة هنا بالنسبة للمتنوف عنها زوجها فقط خلال فترة الحزن . وإذا ما حصل الزواج رغم عدم انقضاء هذه الفترة فإنه لا يفسخ . أي أن مخالفة هذا المانع لا تؤدي — كما هو واضح من الخلاصة القانونية — إلى البطلان . وقد أورد ابن السال (السابق ص ١٩٧) حكم هذه الحالة أيضاً فقرر أن من الزواج المنوع « الزيجة بالتي لم تنقض مدة حزنها » وهي ستة أشهر أو عشرة شهور ، لوفاة الزوج . - ويضيف إلى ذلك أن « من تزوج قبل هذه المدة منع من إرث زوجة وما وصى له به . وهذا القسم يمنع من الزواج ولا يمنع من الخطبة ولا من الإملاك التي صار بشر صلاة » . وواضح من هذا أن الجزاء على المخالفة ليس هو البطلان . وهذا ما فهم مما ورد في قوانين ابن لطفى (ملحق ابن السال ، السابق ص ٢٢) إذ يجبل من بين الزوجات المكروهة المستتعبة الزيجة « بالتي لم تنقض مدة حزنها على بلها وهي عشرة شهور » وهذه يسقط ميراثها منه ووصيته لها .

ويقرب من الحكم السابق ما جاءت به قواعد الطوائف الأرثوذكسية الأخرى^(١).

أما بالنسبة للذهبين الكاثوليك والبروتستانت فإن العدة لا تعتبر مانعاً من مواعيد الزواج إذا ما انحلت الرابطة الزوجية لأى سبب من الأسباب . ولم تورد القواعد الخاصة بهم أى تنظيم فى هذا الشأن . وكل ما جاء بالنسبة للكاثوليك فى صدد زواج الأرمال هو ما ذكرته المادة ١٣١ من أن الترميل الطاهر يعد أكثر تكريماً ، أى أن المرأة إذا ما توفى زوجها فانه من الأفضل لها أن تظل هكذا ، وإن كان هذا لا يعنى عدم صحة ومشروعية الزواج من

== ومع هذا فانه ينبغي أن يراعى أن ما ورد بالنسبة للاقباط الأرثوذكس فى المادة ٢٥ من مجموعة سنة ١٩٥٥ يقرب جداً من نص القانون المدنى الفرنسى فى المادتين ٢٢٨ و٢٩٦ . ونرى أنه ينبغي الأخذ بحكم نص المادة ٢٥ وجبل الجزاء هو بطلان الزواج الذى يتم خلاله فترة العدة .

(١) فقد نصت المادة ١٢ بالنسبة للأرمن على أن المرأة التى انتسخ زواجها لا يجوز لها أن تمسك زواجا ثانية قبل مضى ثلاثمائة يوم من تاريخ الفسخ ، أما يجب تقصير هذا الأجل إذا ولدت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ الزواج . كذلك يصح تقصير هذا الأجل إذا ثبت ثبوتاً قاطعاً استحالة حصول اتصال زوجى بسبب غياب الزوج . أنظر كذلك شفيق شحاته ٦٨ رقم ٦٧٢ ص ٤٦ . كما نصت المادة ٨٣ من القواعد الخاصة بالبروم على جبل المدة عشرة شهور ، ولكنها لم تبطل تقصير هذه المدة ، كما هو الشأن بالنسبة للاقباط والأرمن ، مع مراعاة أنها تنقضى على كل حال فى حالة الحمل بالوضع (أنظر كذلك شفيق شحاته جزء ٦ خاصة رقم ٦٣١ ص ٢٤) . أما **الصريان** فقد نصت المادة ١٢ (ساجا) من مجموعتهم على حكم مقارب لما أوردته فقهاء الأقباط خاص بحالة الوفاة وجعلتها عشرة أشهر بعد وفاة الزوج ، ولرجل مدة حدها الاصر أربعون يوماً بعد انتقال زوجته (انظر مع ذلك المادة ١١٢ من المجموعة نفسها) أنظر كذلك المادة ١٠٩ وما بعدها من مجموعة الصريان . وقد عرفت هذه المواد المقصود بالعدة ، كما تكلمت عن المدة الواجبة على المرأة فى حالة موت زوجها وفى حالة فقدته ، وعن المدة بالنسبة للرجل الذى يلتزم بالبرم مدة الجزل على زوجته بحسب ما يلىق ويحتل . وقد تكلمت المادة ١١٢ عن مدة المدة بالنسبة للرجل ، وبينت أن إذا كان من المناسب ألا يتزوج قبل خمسة أشهر ، فانه يتزوج إن كانت هناك ضرورة بعد مرور الاربعين - أنظر أيضا شفيق شحاته ، السابق ج ٦ رقم ٦٤٥ - ٦٥٢ ص ٣٠ وما بعدها .

جديد^(١) . ولكن لم يعرض أى نص لمسألة العدة .

والواقع أن موقف الكنائس الكاثوليكية والبروتستانتية من هذا الموضوع متقد . ولهذا يجب أن تطبق أحكام العدة بالنسبة لاتباع تلك الكنائس ، بل وبالنسبة لغير المسلمين بصفة عامة ، لأن الأمر يتعلق باختلاط الانساب ، وهى مسألة تمس النظام العام . ولأمانع فى هذا الصدد من تطبيق الأحكام التى أوردتها الطوائف الأخرى بالنسبة للمرأة الكاثوليكية أو البروتستانتية ، أو غير المسلمة بصفة عامة ، التى تنحل رابطة زواجها بسبب من الأسباب التى قررها شريعة أى من هذه الطوائف .

وينبى أن يراعى فى هذا الشأن أن التشريعات المدنية الحديثة^(٢) تبقى على فترة العدة وتحددها بصفة عامة بعشرة شهور . وهذه المدة تنقص فى غالب الأحيان إذا حدث وضع أو كان الانفصال قد تم أو قضى به من قبل .

(١) أنظر المادة ١٢١ من الإرادة الرسولية وتقابل المادة ١١٤٢ من القانون الكنسى الفرنسى . وانظر فى شأن هذا النص : Galtier ، السابق ، ص ٤٠٥ وما بعدها ، وكذلك : القانون الكنسى بإشراف ناز ، السابق ص ٤١٣ .

(٢) أنظر على سبيل المثال : المواد ٣٢٨ و ٢٩٦ مدنى فرنسى ، والمادة ١٣١٤ من القانون المدنى الألمانى ، والمادة ٤٣ من القانون الألبانى ، والمادة ١٠٣ من القانون السويسرى .

هذا ، وقد عرفت المدة فى القانون الرومانى ، وكان يحرم على الارملة التزوج قبل مضي عشرة شهور وكانت تسمى *tempus lugendi* ، كما كانت تطبق بالنسبة للارملة لا المطلقة . ومع ذلك فقد كان الهدف من هذه الفترة أيضا تجنب اختلاط الانساب . أنظر كذلك : شفات ، السابق جزء ٦ رقم ٩٨ ص ٨ .

الطائفة الثانية

الموانع المبطة النسبية

Empêchements dirimants relatifs

١١٦ - التعريف بها - تقسيمها : في هذه الطائفة من الموانع لا يكون الشخص أن يبرم الزواج مع شخص معين أو أشخاص معينين ، مع أنه قد يكون له أن يعقد زواجا مع آخرين غير هؤلاء الأشخاص . فالمانع لا يقوم إلا بالنسبة لشخص أو أشخاص معينين ، ويكون الزواج باطلا إذا تم رغم وجود هذا المانع . وقد سبق لنا أن رأينا أنه يدخل تحت هذه الطائفة من الموانع ، مانع القرابة بصفة عامة ، وكذلك مانع الحشمة العامة والجريمة ثم اختلاف الدين . ويدخل ضمن مانع القرابة ما يسى بقرابة الدم والقرابة الناشئة عن علاقة المصاهرة ثم القرابة الروحية والقرابة القانونية ، ويلحق بها مانع الرضاع لدى بعض الكنائس . وسنتكلم فيما لى عن مانع القرابة بأنواعها المختلفة ، ثم تتبع ذلك بالكلام عن الموانع الأخرى .

أولا : مانع القرابة

L'empêchement de parenté

١١٧ - أساس المانع وأنواعه : تعتبر القرابة مانعا من الزواج إذا بلغت درجة معينة . والحكمة من ذلك هى أن زواج الاقارب يعتبر - كما قيل - عاملا من عوامل إضعاف النسل وإصابته بالعلل ، فالسليم فى حاجة إلى الاختلاط . ثم هناك سبب آخر يتعلق بالآداب ؛ فالحياة العائلية كثيرا ما تجمع بين الاقارب تحت سقف واحد ، وقد يؤدى توقع إمكان الزواج إلى القوضى بين أفراد

الأسرة والأقارب. ثم إن آداب الأسرة تقتضى إن يرى الشخص فى ذوى
قرباه محارم له ، فلا تراوده نفسه عنهم بغير تأنيب من ضميره . وبالإضافة إلى
ذلك فإن فى تحريم زواج الأقارب تحميماً لما يرمى إليه الزواج من إيجاد قرابات
جديدة وبث المحبة وتقوية أواصر الصلة بين الناس ، وهذا لا يُتحقق إلا إذا
كان الزواج بين أشخاص وعائلات لم تكن تربطهم من قبل صلة قرى^(١) .

وقد أوردت التوراة المبدأ العام فى تحريم الزواج من ذوى القربى حينما
قررت : « لا يقترب إنسان إلى قريب جسده ليكشف العورة »^(٢) . وكان
تحريم الزواج من ذوى القربى معروفاً عند الرومان ، فكانوا يحرمون الزواج
بين الأصول والفروع إلى مالا نهاية ، أى دون تحديد لدرجات القرابة ، أما
قرابة الحواشى ، فقد كانت مانعاً من الزواج إلى درجات معينة ، اختلف مداها
 باختلاف العصور فى القانون الرومانى . على أنه إذا كان القانون الكنسى ، بصفة
عامة ، قد سار على هدى ما جاء فى الشريعة الموسوية وفى القانون الرومانى ، إلا
أن رجال الكنيسة فى العصور الوسطى قد غالوا فى إنشاء موانع القرابة على
اعتبار أن هذا هو ما يتفق ومقاصد الزواج^(٣) .

وتتكلم فيما يلى عن الأنواع المختلفة لمانع القرابة .

(١) فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وبولانيجه : المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٨١١ -
وانظر فى هذا أيضاً De Smet ، المرجع السابق ، ص ٤٧١ - ٤٧٢ ، والمواشى فى ص ٤٧٢
وكذلك : Fournet : السابق ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٢) سفر اللاويين ، الإصحاح ١٨ الآية ٦ ، وانظر أيضاً الآيات التالية حيث ذكرت
المحرمات ، وكذلك الإصحاح ٢٠ الآيات ١١ وما بعدها ، وسفر التثنية الإصحاح ٢٢ الآية
٣٠ والإصحاح ٢٧ الآية ٢٠ وما بعدها .

(٣) فى هذا المعنى Fouchet : السابق ص ٢١١ - ٢١٣ ، وانظر أيضاً الرسالة
المجلسية ص ٢٣ ، عدد خاص بالزواج ، ص ٥٦٥ - ٥٦٧ .

١١٨- (١) **قربة الدم** : قربة الدم أو الزربة الطبيعية هي الرابطة التي تجمع بين شخصين ينحدان من أصل واحد مشترك في حدود معينة ، أو يفرع أحدهما عن الآخر . قربة الدم قد تكون ناشئة من أن أحد الطرفين يستمد حياته من الآخر ، وهذا ما يسمى بالقربة المباشرة directe أو القربة على الخط المستقيم ، وهي الصلة ما بين الأصول والفروع ، مثل الأب وابنته ، إذ بينهما قربة مباشرة . وقد تنشأ من التقاء الطرفين في أصل مشترك من أصولهما ، وذلك بالصعود بعض الدرجات في سلسلة أصولهما دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر ، كما في النوع السابق . هذه القربة هي ما تسمى بقربة الحواشي أو القربة على الخط غير المستقيم (ligne collatérale) وذلك كالأخ وأخته والممونة أخيه . . . (١) وبحسب عدد درجات القربة في الخط المستقيم بعدد الأشخاص دون الأصل ، أو بعبارة أخرى يكون عدد الدرجات على قدر عدد الولادات التي تحدث . فبين لأب وابنته درجة واحدة ، وتعتبر البنت في الدرجة الأولى بالنسبة لأبيها ، وتعتبر في الدرجة الثانية بالنسبة لجدها ، لأن بينها وبين هذا الأخير ولادتين . . . أما في احتساب درجة الحواشي ، فتعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك ، ثم نزولاً من الأصل المشترك إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة (٢) .

(١) أنظر المادتين ٣٤ و ٣٥ من القانون المدني .

(٢) المادة ٣٦ من القانون المدني . وأنظر كذلك المادة ٦٦ فقرة ٤ من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية حيث تنص على أن « القربة الدموية تحسب على خطوط وجوده (درجات) . في الخط المستقيم ، عدد الوجوه بقدر الأشخاص ما عدا الأصل . أما على الخط المنحرف ، فتعد الوجوه بعدد الأشخاص في كلا الجانبين ما عدا الأصل » . وقد ضرب ابن الصال لنا مثلاً لطريقة احتساب درجة القربة الجانبية أو قربة الحواشي قائلا : « فأما حساب عدد الولادات في كون بنت الم رابعة مثلاً فنقول : أبني أولدني ، وجدني . أولاده ، وهذه ولادتان . وجدني أولد عني وعمي أولد ابنته ، فهي ولادة رابعة » (س ١٩٤-١٩٥ من ابن الصال ، المرجع السابق) .

ونبين فيما يلي حكم قرابة الدم المباشرة أو على الخط المستقيم ، وقرابة الدم غير المباشرة أو قرابة الحواشي .

(١) **قرابة الدم المباشرة :** وهي القرابة على الخط المستقيم (la consanguinité en ligne directe) تعتبر هذه القرابة مانعا مطلقا للزواج في المذاهب المسيحية جميعها^(١) . فتمتد قامت هذه القرابة كان الزواج باطلا ، حتى ولو كان الطرفان حسي النية . والزواج يعتبر باطلا في هذه الحالة في أى درجة من درجات القرابة . وعلى ذلك فإنه يحرم على الشخص التزوج بأصوله وإن علوا وفروعه وإن نزلوا ، مهما كان عدد درجات القرابة بين الطرفين . فيحرم على الشخص أن يتزوج من أمه وجدته وإن علت ، ومن بنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن نزلت . وكما يحرم على الرجل التزوج بمن ذكرن ، فإنه يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ؛ بمعنى أنه يحرم على المرأة التزوج من أيهما وجدها وإن علا ، ومن ابنها وابن ابنها وإن نزل .

وقرابة الدم تبطل الزواج ، حتى لو كانت الصلة بين الأصل والفرع صلة غير شرعية (illegitime) . فإذا ما وجد ولد طبيعي (enfant naturel) - مثلاً في العلاقة بين أصل وفرع ، فإن وجوده لن يغير شيئاً من رابطة الدم التي تربط بينهما ، وبالتالي يقوم المانع بين الأصل والفرع^(٢) . على أنه إذا كانت

(١) أنظر بالنسبة لطوائف الأرثوذكسية المادة ٢٠ والمادة ٢١ من مجموعتي ١٩٠٠ و ١٩٣٨ لدى الأقباط ، والمادة ١/٤ من قواعد الروم ، والمادة ٦ من قواعد الأرمن والمادة ١٤ وحاشيتها من قواعد السريان . وبالنسبة للأنجليكان انظر المادة ٧ وقصد ذكر النسب تعداداً للمحارم ، سواء بالنسبة للرجل أو للمرأة . وأنظر أيضاً المادة ٦٦ فقرة أولى من الإرادة الرسولية لطوائف الكاثوليكية ، وكذلك المادة ٧٢ من القواعد الخاصة بالكاثوليك فيليب جلاد .

(٢) ويقول ابن الصال في هذا الصدد إن من التزويج المنوع « زيجة القرائب بالطبع =

القرابة ، شرعية أو غير شرعية ، تبطل الزواج على النحو السابق ، فانه قد يحدث ألا يتسنى الكشف عن عدم شرعية الرابطة التي قد توجد في العلاقة بين الأصل والفرع .

(ب) قرابة الدم غير المباشرة : وهي قرابة الحواشي - (la consanguinité en ligne collatérale) ، يختلف الحكم بالنسبة لها ، وإذا كانت المذاهب المسيحية جميعا تتفق على اعتبار قرابة الدم المباشرة مانعا مبطلا للزواج في أى درجة من درجات القرابة ، فإن الوضع يختلف بالنسبة لقرابة الحواشي ، إذ يوجد خلاف بين المذاهب المسيحية في هذا الصدد . ولا يقتصر الخلاف بينها على عدد الدرجات التي يقوم فيها تحريم الزواج ، بل إن الخلاف بينها يبدو كذلك من حيث التفرقة بين الأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الأبوان ، وهم الأخوة والأخوات وذرياتهم ، وبين الأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الجدان ، وهم الأعمام والعمات والأخوال والحالات وذرياتهم ^(١) .

= ولولم يكونوا من تزويج ناموسى » . ويصدد بذلك أن المانع يقوم في صلة ذوى القرى حتى ولو لم تكن القرابة ناشئة عن صلة شرعية أى من زواج صحيح . ويدخل هذا المانع في الاعتبار سواء بالنسبة للقرابة المباشرة أو قرابة الحواشي ، أنظر ابن السال ، السابق ، ص ١٩٣ ، وكذلك قوانين ابن لفلق ، ملحق ابن السال ص ٢٠ - ٢١ . وهو ما تنص عليه بعض الطوائف كذلك (أنظر المادة ٦ من مجموعة الأرمين الأرثوذكس) .

وقد بينت الإرادة الرسولية للكاتوليكا الأحكام الساجدة في المادة ٦٦ فقرة أولى فصحت على أن « الزواج لاغ (nul) في الخط المستقيم من القرابة الدموية بين الأقارب الصاهدين والنازلين » شرعيين (légitimes) كانوا أم طيبمين (naturels) .

(١) والواقع أن الخلاف بين الكنائس في هذا الشأن يرجع إلى أمور تتعلق بالبيعة العامة لبعض الطوائف من حيث خشية اقتراس تابيحها وقتة عددهم . وقد بين ابن السال (السابق ص ١٩٣ - ١٩٤) أن النصارى في هذا الضرب على رأيين : الأول : منع ثلاث =

وتفرق الكنيسة المعمرية للأقباط الأرثوذكس بين قرابة فروع الأبوين وقرابة فروع الجددين . فبالنسبة لقرابة فروع الأبوين وهم الأخوة والأخوات ونسبهم يعتبر التحريم عاما ، لا يقف لدى درجة معينة من درجات القرابة . فليس للرجل أن يتزوج أخته ولا بنت أخته ولا بنت أخيه وإن نزلت وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج أخاها ولا ابن أخيها ولا ابن ابنة وإن نزل . لا فرق في ذلك بين أن يكون الأخ شقيقا أو لأب أو لأم .

أما بالنسبة لقرابة فروع الجددين ، وهم الأعمام والعلات والأخوال والحالات فيمنع الزواج بينهم حتى الدرجة الثالثة . وبمعنى آخر تمنع القرابة من الزواج بالأعمام والعلات والأخوال والحالات دون نسبهم . وعلى ذلك يحرم على الرجل أن يتزوج بعمته وعمة أصوله ، وخالته وخالة أصوله ، ولكن تحل له بنات الأعمام والعلات ، وبنات الأخوال والحالات ، لأنهن في الدرجة الرابعة . وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكرن ، يحرم على المرأة التزوج

ولادات وأجاز الرابعة وما بعدها وهم القبط والنساطرة والبريان . واعتمدوا على أقوانين الرسل لما لم تتضمن ذلك وقوانين مجمع نيقية المتفق عليها وأكثر قوانين الملوك لما لم تمنع الزيجة من الولادة الرابعة في جملة ما منع ، جاز لرؤساء الكهنوت أن يحملوا فيها ويربطوا بما تقتضيه المصلحة ولا يضاد الشريعة ، وقد تبين في الباب الأخير أن هذا جائز لهم . ولما رأوا أنهم قد صاروا ذمة وقلت عدتهم في أكثر بلادهم حتى لم يجد الشباب والشابات من الولادة السابعة وما بعدها من تحصل منه زيجته ، وأفضى ذلك إلى فساد عفة المتعلمين من الشهوة وربما تعدى إلى الخروج من الإيمان بسبب ذلك ، رأوا أن من المصلحة إباحة الزيجة من الولادة الرابعة . والرأى الآخر منع من ست ولادات وأجاز السابعة وهم الملكيون ، واعتمدوا على ما تضمنه رابع القننيل السابع وهو قولهم : إن كان درجة رابعة فإن من هذه الدرجة لا يجوز أيضا أن يكون تزويج ، فلا يجوز زيجة بني الأعمام . وعلى ما ورد أيضا في قوانين مجامعهم الخاصة بهم . ولما رأى القصة منهم ما عرض لهم من الفساد المتقدم ذكره طالعوا رؤسائهم الذين في بلاد ملوكهم فأطلقوا لهم السادسة واعتمدوا على ذلك ولم يخدمهم إلا قليلا . واستدروا في باقي المشقة حتى أن منهم من يتزوج لذلك من غير فرقته .

بنظيرهم من الرجال . ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعمت ، وأبناء الأخوال والحالات^(١) .

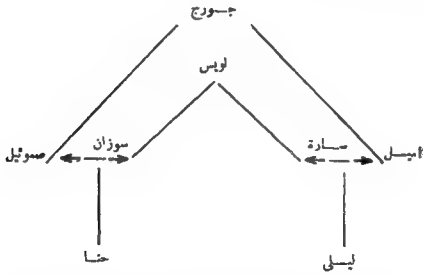
هذا بالنسبة للأقباط الأرثوذكس . وقرب منه ما جاء بالنسبة للسريان^(٢) . أما بالنسبة للكنائس الأخرى فلا توجد تفرقة بين الأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الأبوان ، أى فروع الأبوين ، والأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الجدان ، أى فروع الجدين . ولكن الخلاف بينهم يقوم فقط بالنسبة للدرجات التى يشملها المنع . فمن الكنائس ما يمنع الزواج بين أقارب المحواشي حتى الدرجة الخامسة ، مع دخول الدرجة الخامسة فى المنع ، وهذا هو الشأن بالنسبة للروم والأرمن^(٣) . ومن الكنائس ما يمنع الزواج بين هؤلاء الأقارب حتى الدرجة السادسة مع دخول هذه الدرجة فى المنع ، وهؤلاء هم الكاثوليك بصفة عامة . وقد نصت المادة ٦٦ (البند ٢) من الإفادة

(١) أنظر المادة ٢٠ و ٢١ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وقد ذكر ابن السال هذا النوع من المحارم وسماه القرائب من الجانب حيث يقول : « . . . والذين من الجانب وهم الصات والحالات والأخوة وأولاد الأخوة » ، فان هؤلاء أيضا من السلالة لأنهم مولودون من الآباء والاجداد » . وجاء أيضا فى الخلاصة القانونية (المسألة ١٧) أن الأقارب من الجانب « هم الأخوة والأخوات ونسلهم » ، والأعمام والعمت والأخوال والحالات « دون نسلهم » .

(٢) إذ يفرق السريان كذلك بين أقارب المحواشي من فروع الوالدين وأقارب المحواشي من فروع الجدين مع مراعاة أن شريعتهم تختلف بالنسبة للحالة الثانية عن الأقباط ، إذ أنها رخصت الدرجة التى يبطل فيها الزواج إلى الخامسة مع دخول الدرجة الخامسة فى المنع (أنظر حاشية المادة ١٤ لسريان — وأنظر كذلك المادة ١٥ حيث تجعل التنسيع بما دون الوجه الخامس منوطا بالبطريركية) .

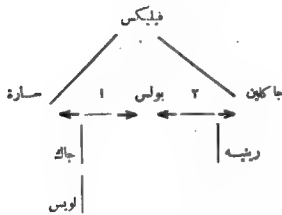
(٣) أنظر المادة ١/٤ بالنسبة للروم الأرثوذكس والمادة ٧ بالنسبة للأرمن الأرثوذكس مع مراعاة ما جاء بالمادة ٨ بالنسبة للأرمن ، إذ تميز لرئيس الدين أن يأذن بالزواج حتى الدرجة الرابعة بصفة استثنائية .

الرسولية على أن « الزواج لاغ في الخط المنحرف حتى الوجه السادس بالتضمن » (أى بدخول الوجه السادس) . ويضيف النص فنه أن مانع الزيجة يتمدد كلما تمدد الأصل بالجامع . وهذا النص يحتاج إلى إيضاح . فإذا تزوج أخوان بأختين فإنه توجد بين وليسها قرابة مزدوجة حيث يلتقيان عند جددهما لأبيهما وكذلك عند جددهما لأُمهما .. فلو أن جورج مثلاً أنجب ولدين هما إميل وصمويل ، وأن لويس أنجب ابنتين هما سارة وسوزان ، ثم تزوج ولدا جورج بابنقى لويس (إميل بسارة وصمويل بسوزان) ، وأنجب الأولان ليلى وأنجب الآخران حنا . فإنه توجد بين ليلى وحنا قرابة مزدوجة حيث يلتقيان عند جددهما لأبيهما (جورج) وعند جددهما لأُمهما (لويس) . ويوضح الرسم التالى هذا المثل :



وقد تعدد القرابة للزوج زواجا متاليا من امرأتين بينهما قرابة كأختين مثلاً . فلو أن فيليكس أنجب ابنتين هما جاكلين وساره ، وجاء بولس فتزوج أولا بساره وأنجب منها جاك ، ثم أنجب جاك ولدا هو لويس ، ولما مات

زوجته تزوج بأختها جاكلين وأنجب منها رينيه . في هذه الحالة يوجد بين رينيه ولويس قرابة مزدوجة إذ يلتقيان عند بولس وفليكس ، وفي الحالة الأولى بينهما ثلاث درجات وفي الحالة الثانية بينهما خمس درجات ، كما يتضح ذلك من الرسم ^(١) .



أما بالنسبة للإنجليكان فقد أوردت القواعد الخاصة بهم تمعدادا للمحرمات سواء بسبب قرابة الدم أم بسبب المصاهرة ، إذ نصت المادة السابعة على أنه في حالة خلو الشرائع الرومانية للكنيسة التابع لها الطرفان من نص صريح يحدد درجات القرابة المحرمة للزواج فإنه لا يحل للرجل أن يتزوج ببجده (لأمه أو لأبيه) ، وبجته وأمه ، وعمته وخالته ، وأخت زوجته ، وأخته (شقيقته) ، وزوجة جده ، وزوجة أبيه ، وزوجة عمه ، وزوجة خاله ، وزوجة أخيه ، وزوجة ابن أخيه ، وزوجة ابن أخته ، وزوجة ابنة (كته) ، وبنت أمه ، وبنت أبيه وبنت أخيه ، وبنت أخته ، وبنت أخي زوجته ، وبنت أخت زوجته ، وبنته ، وحفيده ، وبنت زوجته ، وبنت بنت زوجته ، وبنت ابن زوجته ، وبنت زوجة أبيه .

(١) أنظر كذلك : Fournet ، السابق ص ٢٠١ وما بعدها .

وقد أورد النص كذلك أنه لا يحل للمرأة التزوج بمن يقابل من ذكرن
من الرجال .

١١٩ - (٢) قرابة المصاهرة (L'affinité ou L'alliance) : تنشأ
قرابة المصاهرة من الزواج الصحيح ، حتى ولو لم يكن مكتملاً^(١) . والمصاهرة
تربط كلا من الزوجين بجميع أقارب الدم للطرف الآخر ، وهي لهذا تعتبر
مانعا من موانع الزواج ؛ ذلك أنه بالزواج يدخل كل من الزوجين بصورة ما
في أسرة الآخر ، وبذلك ينسب له الحياة في صحة أقاربه وعشيرته ، وهذا
ما يقتضى حماية الروابط بينهم . ثم إنه بالزواج يصير الزوجان أجسدا واحدا
يتشاركان المحبة والصلات ، ولذلك يمكن القول إن أقارب أحدها يصيران
في صورة ما أقارب للآخر^(٢) . ويختلف الحكم بالنسبة للمانع المصاهرة باختلاف
الكنائس .

فندد الأقباط الأرثوذكس تمنع المصاهرة من زواج الرجل : (١) بأصول
زوجته وفروعها : فلا يجوز له بعد وفاة زوجته أن يتزوج بأماها أو جدتها وإن
علت ، ولا يبنتها التي رزقت بها من زوج آخر ، أو بنت ابنها أو بنت بنتها وإن
سفلت . (ب) بزواج أصوله وزوجات فروع وأصول أولئك الزوجات

(١) المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية .

(٢) أنظر : Galtier ، السابق ، ص ١٦٨ .

ويرجع تحريم الزواج بسبب المصاهرة إلى ما جاء في التوراة (أنظر سفر اللاويين
الإصحاح ١٨ ، الآيات ٨ - ١٨ والإصحاح ٢٠ الآيات من ١١ إلى ٢٢) وكذلك في
القانون الروماني . أنظر فكرة تاريخية عن هذا الموضوع في : De Smet ، السابق ص ٤٨٦
٤٨٧ ، Fourneret ، السابق ص ٢٣٠ - دوفيليه ودكليرك : في القانون الكنسي
الشرقي ، السابق ص ١٢٦ وما بعدها - شارل دكليرك ، السابق ص ٣٥٥ ، Galtier
السابق ، تحت المادة ٦٧ و ٦٨ من الإرادة الرسولية .

وفروعهم ، ولا بنوجات أعمامه وأخواله : فلا يجوز له أن يتزوج زوجة والده
أو جده ، أو أمها أو جدتها ؛ أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها . ولا زوجة
ابنه أو حفيده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها . (ج) بأخت
زوجته ونسلها وبنت أخيها ونسلها . (د) بزوجة أخيه وأصولها وفروعهم
(هـ) بمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها . (و) بأخت زوجة والدهم
وأخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوج بنته .

ويراعى بالنسبة لكل ما سبق أن ما يحرم على الرجل يحرم على المرأة^(١) .

وعند الطوائف الكاثوليكية تنشأ المصاهرة — وتسميها الإرادة الرسولية
بالقربة الأهلية — من الزواج الصحيح ولو كان غير مكتمل . وهذا ما أخذ
به القانون الكنسي للطوائف الغربية على خلاف القانون الكنسي السابق
عندهم ، إذا كانت المصاهرة تنجم عن كل اتصال جسدي سواء كان هذا الاتصال

(١) المادة ٢٢ و ٢١ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقطاط الأرثوذكس . وانظر
أيضا قوانين ابن لفلق في ملحق ابن السال من ١٩٦٠ ، والمجلة القانونية ٢ المسألة
١٧ (راجع) .

ويراعى أن البض أباح التزوج بأخت الزوجة أو بامرأة الآخر ، لأنه لم يكن ثم مانع
خلاف الأوامر الملوكانية الصادرة من ذلك (شرح المجلة القانونية لمرجس فيلوتاؤوس
عوض ، المرجع السابق ص ٣٧ بالهامش) .

وعند الطوائف الأرثوذكسية الأخرى نجد أن درجة التحريم عند السريان تناس على
درجة التحريم المتأصلة لها في القرابة الطبيعية ، مع جواز التنسج من المانع البطريكية .
(وانظر المادة ١٦ من مجموعة السريان في شأن القرابة النسبية) . أما عند الأرمن والروم
فقد وردت نس عام يفرق بين القرابة في الخط المستقيم ، ويقوم المانع فيها بسدت
الدرجة والخط غير المستقيم أو قرابة الحواشي ، ويقوم المانع فيها حتى الدرجة الرابعة مع
احتساب الناية أي بما فيها هذه الدرجة . وقد نصت المادة ٤ من القواعد الخاصة بالروم كذلك .
على أنه لا يجوز زواج زوج الأم مع كتنه وزوجة الأب مع صهرها . كما أجازت المادة ٨ من
مجموعة الأرمن للرئيس الديني أن يبيع الزواج بالاصهار لدرجة الثالثة بصفة استثنائية .

مشروعاً عن طريق الزواج أو غير مشروع ، أى بدون الزواج ؛ فقد كانت قرابة المصاهرة تنشأ عن مجرد الفعل المادى ذاته بصرف النظر عن مشروعيتها أو عدم مشروعيتها ، أى بصرف النظر عن وجود زواج صحيح أم لا .

ويوجد لدى الطوائف الكاثوليكية ثلاثة أنواع من القرابة الأهلية : نوعان منها ينشآن عن اتحاد شخصين من جنسين غريبيين فى حياة زوجية ، وقد سمتهما الإرادة الرسولية (مادة ٦٨) بالقرابة الأهلية الأصلية . والنوع الثالث يتولد عن اتحاد ثلاثة أجناس فى زواج شخصين ، وقد أسمته الإرادة الرسولية بالقرابة الأهلية الفرعية . وهذه الأنواع الثلاثة قد حددتها الإرادة الرسولية فى المادة ٦٨ وبينت طريقة احتساب درجاتها على الوجه التالى :

النوع الاول : هو القرابة الأهلية الأصلية التى تنشأ عن الزواج الصحيح وإن كان غير مكتمل . وتقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر الدمويين . ومقدار قرابة شخص لأحد الزوجين قرابة دموية هو مقدار قرابته الأهلية للزوج الآخر سواء من حيث خط القرابة أو درجاتها ^(١) . فالقرابة فى هذه الحالة تحسب بحيث أن من يكون قريباً دمويًا للزوج يعتبر صهرًا فى نفس الخط ونفس الدرجة بالنسبة إلى الزوجة والعكس بالعكس . وبمعنى آخر أن من كان قريباً للزوج قرابة حواشى فهو صهر للزوجة كذلك على هذا النحو .

وعلى ذلك فإن أم الزوجة ، وهى قريبة لها قرابة دموية من الدرجة الاولى على الخط المستقيم ، تعتبر قريبة لزواج ابنتها قرابة مصاهرة من الدرجة الأولى

(١) المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية البند الاول ١ ٢ ٣ ٤ .
وتنص المادة ٢٧ من القانون المدنى على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » .

على الخط المستقيم . وأخت الزوجة وهى قرية لها قرابة دموية من الدرجة الثانية على الخط غير المستقيم (قرابه حواشى) تعتبر قرية لزوج أختها قرابة مصاهرة على الخط غير المستقيم كذلك وفى الدرجة الثانية . . . وهكذا .

وهذا النوع من القرابة يطل الزواج على الخط المستقيم فى جميع الدرجات بدون تحديد ، وفى الخط المنحرف (قرابة الحواشى) حتى الدرجة الرابعة^(١) . وعلى ذلك يطل الزواج بأُم الزوجة وجدتها وإن علت وبنتها (من غيره) وبنّت بنتها أو بنت ابنها وإن نزلت . وكذلك يطل زواج الزوجة - بمدفوق زوجها - بأبيه أو جده وإن علا ، وبابنه (من زوجة أخرى) ، وابن ابنه وإن نزل ، لأن قرابة كل هؤلاء قرابة على الخط المستقيم للمتوفى من الزوجين^(٢) . أما بالنسبة لقرابة الحواشى فيمتد المنع حتى الدرجة الرابعة . وعلى ذلك يطل الزواج إذا تم بين الزوج - بعد وفاة زوجته - وبنّت أخت زوجته ، لأن بنت الأخت فى الدرجة الثالثة . وكذلك يطل زواجه ببنّت عمها لأن بنت العم فى الدرجة الرابعة . وكذلك الحكم لو كان الذى توفى هو الزوج لا الزوجة ، فيطل الزواج الذى تعقده أرملة مع أخيه أو ابن أخيه ، لأن الأخ فى الدرجة الثانية وابن الأخ فى الدرجة الثالثة ، أو مع عمه أو ابن عمه ، لأن العم فى الدرجة الثالثة ، وابن العم فى الدرجة الرابعة على الخط غير المستقيم ، وهكذا .

وهذا النوع من موانع القرابة الأهلية يتعدد بطريقتين فقط : (١) فهو يتعدد أولا « بتعدد مانع القرابة الدموية الناشئ عنه » . (٢) ويتعدد ثانيا « بتعدد

(١) أنظر البند ١ مادة ٦٧ من الإرادة الرسولية .

(٢) قارن ما جاء بالنسبة للأقباط الأوثودكس فى المادة ٢١ .

زواج ثان أو تال مع أحد أقرباء الزوج المتوفى السمويين ^(١) .

النوع الثاني : وهو القرابة الأهلية الأصلية التي تنشأ عن زواج صحيح وإن كان غير مكتمل، وتنشأ أيضاً بقوة الحق الخاص (de droit particulier) بين أقارب الزوجين السمويين ، أى بين أقارب الرجل السمويين وأقارب المرأة السمويين .

وطريقة احتساب هذه القرابة أن تكون درجة القرابة الأهلية معادلة لمجموع درجات القرابة السموية الحاصلة بين من هما قريبان قرابة أهلية من جهة ، والزوجين اللذين نشأت عن زواجهما القرابة الأهلية من جهة أخرى ^(٢) . ومعنى ذلك أن تكون درجة القرابة بالمصاهرة معادلة لمجموع درجات القرابة السموية التي بين كل من الصهرين وقرية من الزوجين . فاذا تزوج رجل امرأة نشأت قرابة مصاهرة بين أخ الزوج وأخت الزوجة ، ويعتبر كل منهما صهراً للآخر من الدرجة الرابعة ، لأن بين كل منهما وبين قرية من الزوجين درجتان . وكذلك تنشأ هذه القرابة مثلاً بين خال الزوج وخالة الزوجة ، فيعتبر كل منهما صهراً للآخر من الدرجة السادسة ، لأن بين كل منهما وبين قرية من الزوجين ثلاث درجات .

وقد نصت المادة ٦٧ (بند ١ ثانياً) من الإرادة الرسولية على بطلان الزواج في هذا النوع من القرابة الأهلية حتى الدرجة الرابعة بما فيها هذه الدرجة ^(٣) .

(١) مادة ٦٧ بند ٢ من الإرادة الرسولية . وانظر في هذا الخصوص : Galtier المرجع السابق ص ١٧٥ .

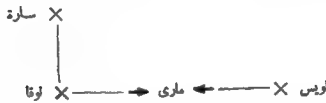
(٢) أنظر المادة ٦٨ بند ٢ من الإرادة الرسولية .

(٣) ولم يتكلم النص من كيفية تمدد المانع في هذه الحالة ، ويصرف ذلك ندوة هذه الحالة نظراً لانقاس المانع إلى الدرجة الرابعة ولكن يبدو مع ذلك أن المبدأ نفسه ينبغي تطبيقه . أنظر : Galtier ، السابق ص ١٧٦ .

النوع الثالث : هو ما أسمته الإرادة الرسولية بالقرابة الأهلية الفرعية :

وتنشأ القرابة الأهلية الفرعية أيضا بقوة الحق الخاص عن زواجين صحيحين ، ولو كانا غير مكتملين ، وذلك : (١) إذا أبرم شخصان عقد زواج مع شخص ثالث بعينه ، الواحد تلو الآخر بعد انحلال الزواج ، (٢) أو إذا أبرم شخصان عقد الزواج مع شخصين تربطهما قرابة دموية . وحكم هذا النوع من القرابة أنه يبطل الزواج في الدرجة الأولى .

ففي الفرض الأول وهو فرض إبرام شخصين عقد زواج مع ثالث بعينه ، يكون تصوير الوضع على النحو الآتي : يتزوج لويس عن ماري أرملة لوقا ، وبذلك تكون هناك قرابة مصاهرة مع أم الزوج الأول (لوقا) المسماة سارة ، قرابة من الدرجة الأولى . ونفس الحكم يكون بالنسبة لبنت لوقا من زوج سابق على زواجه بماري .



أما عن الفرض الثاني وهو حالة إبرام شخصين عقد الزواج مع شخصين تربطهما قرابة دموية ، فيمكن تصويرها على الوجه الآتي : لو فرضنا أن سوزان أرملة ميشيل ، وأن حبيب أرملة لوسيان ابنة ميشيل (من غير سوزان) ، فإن لوسيان كانت تعتبر قريبة لسوزان عن طريق المصاهرة ، ويعتبر ميشيل بالنسبة إلى حبيب في الدرجة الأولى بالمصاهرة من النوع الأول ، لكنها بشركان زوجتيها في قرابتها بالمصاهرة . وينتج عن ذلك قرابة مصاهرة من النوع الثالث في الدرجة الأولى بين سوزان وحبيب . ولا يجوز لزوجة الأب (سوزان) أن تتزوج بحبيب أرملة ابنة زوجها .

سوزان X ————— X ميشيل

↓

حبيب X ————— X لوسيان

وطريقة عد هذه القرابة الأهلية القائمة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر الأهليين ، أن من كانوا أقرباء للرجل قرابة أهلية أصلية عن زواج آخر يعتبرون أقرباء المرأة قرابة أهلية فرعية في نفس الدرجة وبالعكس .

وكما قامت هذه القرابة الأهلية بين أقرباء أحد الزوجين الدمويين وأقرباء الزوج الآخر الأهليين ، جرى عدها بأن يكون عدد الدرجات بقدر مجموع درجات القرابة الدموية والقرابة الأهلية الأصلية الحاصلة بين القرييين قرابة أهلية والزوجين اللذين تنشأ عن زواجهما القرابة الأهلية^(١) .

١٢٠ - (٣) القرابة الروحية (La parenté spirituelle) :

القرابة الروحية هي القرابة الناشئة عن العباد المقدس والتي تقوم بين خادم سرالعماد وهو الشبين (أو الأشبين) (parrain) من جهة ، وبين الشخص المعمد ووالديه من جهة أخرى . ذلك أن الشبين يعتبر بالنسبة للطفل المعمد بمثابة الأب الروحي ، وتنشأ بينهما قرابة روحية يترتب عليها قيام صلة قرابة كذلك بالنسبة لوالدى الطفل الحقيقيين . ولاسيما إذا أدخلنا في الاعتبار أن الاشبين يأخذ على عاتقه واجب السهر على تربية الطفل .

وقد رأى كثير من المسيحيين أن زواج الرجل بامرأة يوجد بينها وبينه — بأى سبيل من السبل — إخاء روحى ناشئ عن العباد . يعتبر خطيئة كبيرة لا تدأوى . وعلى ذلك فن غير اللائق أن يقرن الاشبين بمن أصبح ولدا له .

(١) المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية البند ٣ (٣ و ٤) .

ولقد غالى البعض بالنسبة لهذا المانع وخاصة بعد أن وضع مجمع القصر (٦٩١-٦٩٢) مبدأ يقضى بأن القرابة الروحية أعظم من اقتران الاجساد . واستناداً إلى ذلك حاول البعض مد المانع بالنسبة للقرابة في الخط المستقيم ثم مده كذلك بالنسبة لقرابة الحواشي . ولكن فيما بعد حصر نطاق هذا المانع واختلف موقف الكنائس بالنسبة له .

فمعد الاقباط الأرثوذكس نجد أن الكنيسة قد تغيرت نظرتها إلى هذا المانع فأقره الفقه التقليدى في البداية ، إلا أنه لم يرد ضمن موانع الزواج ، سواء في قننين سنة ١٩٣٨ أم في قننين ١٩٥٥ .

وقد عرضت قوانين ابن لقلق لهذا المانع ضمن الزيجات المنوعة وبينت حكمه حيث جاء : « أما أشايب المعمودية فالشرط فيهم أن لا يقبل الذكر الأنثى ولا الأنثى الذكر . فالقابل والمقبول لا يتزوج أحدهما بأولاد الآخر ، ولا بأولاد أولاده ، ولا بأخوته وأولادهم ، ولا بأخواته ، ويتزوج بنسل أخواته لأنهم من رجل غريب ولا بأبائهم وأجدادهم وأعمامهم وعماتهم وأخوالهم وخالاتهم ، ولا بزوجة أولاد القابل بأولاد المقبولة ، ولا بأولاد أولاده . ويتزوج أولاد المقبول بأولاد القابل ونسلهم . ولا تتزوج بنت امرأة برجل قبله زوجها ولا ابن رجل بالتي قبلتها زوجته »^(١) . ويبين لنا من هذا أن قوانين ابن لقلق قد توسعت في هذا المانع ومدته إلى ذوى القربى ليس فقط على الخط المستقيم ، بل وأيضاً إلى قرابة الحواشي . وقد كان هذا هو الاتجاه الذى غلب على مسيحيي العصر الذى وضعت فيه قوانين ابن لقلق .

أما ابن العسال فإنه يضيق من نطاق هذا المانع عما أوردته قوانين ابن

(١) ملحق ابن السال من ٢١ .

تلقى ، كما يميز كذلك أن يكون أشابين المعمودية رجالا أو نساء على حد سواء^(١) . ويقرب من هذا ما أوردته الخلاصة القانونية ضمن موانع الزواج^(٢) هذا هو الحكم بالنسبة للكنيسة القبطية الأرثوذكسية^(٣) .

(١) ويقول ابن السال في هذا الصدد إن « المقبول والقابل لا يتزوج أحدهما بالآخر » ولا بالوآلديه ، ولا بأولاده ولا بأولاد أولاده ، ولا بزوجه ، ولا أولاد أحدهما بأولاد الآخر . ولا تزوج المرأة بنتها الرجل الذي قبله زوجها من المصودية ، وكذلك الرجل لا يزوج ابنة من قبلتها زوجة . هؤلاء كلهم قد صارت بينهم قرابة روحانية . ومن فعل ذلك فليترك بمنزلة الوثنى والشار حتى يفترقا ويندما على خطيئتهما . وأما غير المذكورين فالزيجة بينهم مباحة » . (ابن السال ، السابق ص ١٩٥) . ويقول أيضا : « وقد ورد في أشابين الزيجة قول وهو غير متفق عليه ولا معمول به » ، قبل لا زيجة بينهم وكذلك أولادهم ولا مقفزة لهذه الخطيئة الروحانية إلا بالمفارقة والتوبة وينبغي أن تكون بالرهبة لمن أراد خلاص نفسه .

(٢) أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية . وقد جاء في شرح الخلاصة القانونية للرجس هوش (المرجع السابق ص ٣٥ بالمهاش) تعليقا على ما جاء في هذا الصدد بالمسألة ١٧ أن الكنيسة القبطية لم تكن بادئ أمرها تعتبر القرابة الروحية ، ولكنها دخلت من عند الروم ولقد أخذوا يزيدون فيها وينقصون ، ولكن الكنيسة القبطية اتبعتها على حالها الأولى ، ولذلك ذكرهما المجموع الصغرى لابن السال والقانون الكيرلسى لابن الفلق . غير أن هذه القرابة لم تراخ الآن إلا إذا أثبتت رسيا . ولذلك لم تكن مربية لأنه إذا روعيت كانت نساء النبط كلهن مطلقات لا تقبلهن لأولادهن من المصودية .

ولم يرد في الكتاب المقدس نص بشأن هذا المانع من موانع الزواج .

(٣) أما بالنسبة للكنائس الأرثوذكسية الأخرى فإن هذا المانع يمتد به لدى الروم والسرمان . فقد نصت المادة ٤ من القواعد الخاصة بالروم على هذا المانع بين الموانع النسية فقررت أنه لا يجوز زواج الراب (الأشبين) مع من هو عرابها ولا مع والدتها ولا مع ابنتها . أما السرمان فانهم يحرمون الزواج بين المعتد وإبنيته وأولاد هذا الاشبين حتى الوجه الرابع . وقد جاء في حاشية المادة ١٩ من مجموعة السرمان أن مار يعقوب مطران الرها قاله عن الزواج الذين بينهم قرابة مصودية « إنه لم يحرم في القوانين الكنسية ولكن بما أنه يسبب الشكوك للمؤمنين فلا يجب إجراؤه » .

هذا ولم يرد في القواعد الخاصة بالأرمن ولا القواعد الخاصة بالأنجليكان نص على القرابة الروحية كمانع من موانع الزواج .

أما بالنسبة **للطوائب الكاثوليكية** ، فإن القراة الروحية تبطل الزواج على النحو الذى يتيه الارادة الرسولية فى المادة ٧٠ منها ، إذ نصت على ما يأتى :

بند ١ - يبطل الزواج بالقراة الروحية المنصوص عليها فى البند الثانى .

بند ٢ - (١) **العاد ينشئ** قراة روحية بين الاشبين من جهة والمتمند ووالديه من جهة أخرى . (ب) إذا أعيد التعميد شرطا ، فلا تحصل للاشبين قراة روحية إلا إذا قام هو نفسه بدور الاشبين فى إعادة التعميد .

وطبقا لهذا النص لانتشأ القراة الروحية إلا من **العاد الصحيح** ، سواء تم هذا **العاد** بطريقة خاصة أو بطريقة احتفالية ، ما دام عمادا حقيقيا . وعلى ذلك فإذا كان **العاد** مشكوكا فيه ، لا يوجد المانع من الزواج . وإذا ما أعيد التعميد لا يقوم المانع بالنسبة للاشبين إلا إذا قام هو نفسه بدور الاشبين فى إعادة التعميد (réitération du baptême) . هذا هو ما يلزم لقيام المانع من ناحية التعميد .

أما من جانب الاشبين فيتمتع عليه قبول القيام بمهمته ومباشرتها على الوجه الصحيح ، ويجب أن يكون قبوله قَبُولاً حُرّاً على بيته من أمره ، كما يجب أن يباشر مهمته فى فعل التعميد^(١) ، أو يقوم بذلك عن طريق وكيل معين بطريقة قانونية . وينبغى كذلك أن يكون الإشبين معينا بطريقة شرعية ، إما من والدى المعتد أو من أحدهما أو من خورى الرعية^(٢) .

هذا ويراعى أن القراة الروحية التى تتم بعد الزواج لا تعتبر مانعا من

(١) ويتم ذلك لدى الكنيسة القرية بلس المعتد أوأخذه مباشرة من الكاهن بدعوله

(٢) أنظر فى هذا Galtier : السابق وخاصة ص ١٨٤ - ١٨٥ . وكذلك Fournet

السابق ص ٢٢٤ - ٢٢٧ ، وخاصة بالنسبة للاجراءات التى تتم أثناء **العاد** .

استمراره . كما أنه لمعرفة ما إذا كان هناك مانع يكتفى قراءة المحرر الذى به التعميد ليتبين ما إذا كانت هناك قرابة روحية أم لا . وإذا ما كانت هناك قرابة روحية فإنها تقوم فقط بين الاشبين من جهة والمعمد ووالديه من جهة أخرى .

ويراعى أن مانع القرابة الروحية من الموانع الكنسية ، ولذلك يمكن للكنيسة التمسح منه ^(١) .

١٢١- (٤) القرابة القانونية (التبني) *La parenté légale (l'adoption)*

ينشأ هذا المانع عن التبني . والتبني نظام قانونى يقوم فيه شخص باتخاذ آخر ولدا له ، ويتخذ كائنه وينسب إليه دون أية . وقد اختلف موقف السكائس من هذا المانع على النحو التالى .

فعدد الاقباط الأرثوذكس لا يجوز الزواج: (١) بين المتبنى والمتبنى وفروع هذا الأخير . (٢) بين المتبنى وأولاد المتبنى الذين رزق بهم بعد التبني (٣) بين الأولاد الذين تبناهم شخص واحد . (٤) بين المتبنى وزوج المتبنى وكذلك بين المتبنى وزوج المتبنى .

هذه هى الحالات التى يعتبر فيها التبني مانعا من الزواج فى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية ^(٢) .

(١) أنظر بالنسبة لحالة تعدد المانع Pournet ، السابق ، ص ٢٢٦ .
(٢) ويعتبر التبني مانعا من موانع الزواج لدى الروم والأرمن الأرثوذكس . فنصت المادة ٤٤ من القواعد الخاصة بالروم على أنه «لايجوز الزواج فى أثناء التبني بين المتبنى والمتبنى» وكذلك الحكم بالنسبة لقواعد الخاصة بالأرمن (المادة ٩) . ولا يعتبر التبني مانعا عند السريان ذلك أنهم يتبرون القرابة الناشئة عنه قرابة بالوضع ، كقرابة الرضاع (أنظر المادة ١٤٥) ولكنهم عند الكلام عن الموانع تكلوا من مانع الرضاع فقط فى المادتين ١٧ و ١٨ ولم يتكلموا عن التبني .

ولم يرد نص على التبني باعتباره مانعا من موانع الزواج لدى الانجليكان .

وقد تكلم قضاء الكنيسة المصرية للأقباط الأرثوذكس عن القرابة بالتبني وهم قريbone من القرابة بالرضاع ، لأن الأقارب بالتبني يربون وينشأون معاً ، وهم ينزلون بسبب الاشتراك في الرضاع أو في التربة في منزلة الأولاد وأولادهم ، والوالدين وأبائهم ، والعمومة والختولة ، وزوجة الأب . وجاء في المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية ضمن موانع الزواج أنه « لا يتزوج الرجل بزوجة من تبني به ولا المرأة بزواج التي ربتها » . وهذا ما قاله ابن تعلق في قوانينه ، وكذلك ما قاله ابن العسال . وقد ضرب هذا الأخير مثلاً للقرابة بالتبني . وقد أسموها بقرابة الوضع ، فقال : « جدى مثلاً ربي صبية وكان أبى يدعوها أخته فهي عمتى بالوضع » .

ولكن تعاليم الرسل (الدسقولية) نذبت للانسان أن يزواج ولده بالفناء العذراء البتيمة التي رباها . ويقرر ابن العسال أمام تلك التعاليم الواردة في الدسقولية أن هذا فيه ايضاح ورحمة ، ولذلك فهو أولى بالاتباع من المنع الذي جاءت به قوانين الملوك^(١) .

أما عند الطوائف الكاثوليكية ، فقد قصر وجود المانع على وجوده في التشريع المدني . وفي هذا الصدد يتفق القانون الكنسي مع التشريع المدني . فاذا لم يوجد هذا المانع في التشريع المدني اعتبر أنه غير موجود كذلك في القانون الكنسي ؛ وإذا وجد في التشريع المدني كان كذلك في القانون

(١) أنظر في هذا ابن تعلق ص ٢١ ملحق ابن العسال ، الدسقولية : الباب ١٢ ، وابن العسال ص ١٩٥ - دوفليه ودوكليرك ص ١٥٥ - ١٥٦ .
هذا وقد عادت الخلاصة القانونية إلى التكلم في الموضوع قس في الفصل الخامس بالمولودين الغير محقق نسبهم ، ويفت أحكام التبني - أنظر المسألة ٢٧ من الخلاصة والتعليق عليها في شرح الخلاصة القانونية لجرجيس عوض ص ٩٩ .

الكنسى ، وكان له نفس المدى الذى يعطيه له التشريع المدنى ، وكذلك يكون له نفس الطابع من حيث كونه مانعا محرما فقط أم أنه مانع مطلق . وبمعنى آخر أن التبني يعتبر مانعا كنسيا في الحدود التي يعتبر فيها مانعا من الناحية المدنية . ولعل ترك تحديد طبيعة هذا المانع للتشريع المدنى هو ما حدا بواضعى الارادة الرسولية إلى معالجة هذا المانع في نصين متباعين . فقد نص عليه في المادة ٤٩ ضمن الموانع المحرمة ، حيث قرر أنه إذا كان الشرع المدنى في بلد ما يحرم الزواج بسبب علاقة الوصاية بين شخص وآخر ، أو بسبب القرابة القانونية الناشئة عن التبني ، فإن الزواج يعتبر كذلك محرما في القانون الكنسى . وهذا النص يحمل مانع القرابة بالتبني من الموانع المحرمة إذا كان التشريع المدنى يعتبره كذلك . ثم جاء بعد ذلك نص المادة ٧١ من الارادة الرسولية ضمن الموانع المبطلّة ، ونص على « أن الذين يعدون غير قابلين (inhabiles) بقوة الشرع المدنى لعقد زواج بينهم بسبب الوصاية أو القرابة الشرعية الناشئة عن التبني لا يستطيعون بقوة الشرع القانونى en vertu du droit canonique أن يعقدوا زواجا صحيحا فيما بينهم » . ويبين من ذلك أن المانع يعتبر مانعا مبطلا إذا كان الشرع المدنى يعتبره كذلك .

وبالرجوع إلى « قانون » الأحوال الشخصية للأقباط الكاثوليك في مصر نرى أن المادة ٢٩ منه تنص على أن القرابة الناشئة عن التبني الصحيح قانونا تجعل الزواج باطلا : (١) بين المتبني والمتبني . (ب) بين كل منها وزوج الآخر (ج) بين كل طرف وفروع الآخر . (د) بين الحواشي إلى الدرجة الثانية بدخول الغاية^(١) .

(١) وقانون الأحوال الشخصية المشار إليه مجموع في المرجع لصالح حنى (الطبعة الاولى) ص ١٩١ وما يليها .

ولسكتنا إذا رجعنا إلى القانون المدني عندنا لوجدنا أنه لا ينظم مسألة التبنى ، وبالتالي فليس مانع القربة القانونية الناشئة عن التبنى أى أثر فيه ^(١) .

١٢١ مكرور - الوصاية والولاية : ويمالج القانون الكنسى مع مانع القربة القانونية الناشئة عن التبنى مسألة أخرى خاصة بالولاية والوصاية . وتحريم زواج الولى أو الوصى من البنت التى لم تبلغ سن الرشد . وقد أقرت الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية هذا المانع وأعطته حكم مانع القربة الناشئة عن التبنى وعلى ذلك فإن الولاية أو الوصاية تعد مانعا مطلقا أو محرما ، إذا كانت الشريعة المدنية تعتبرها كذلك .

وقد أشار ابن العسال إلى هذا المانع ققرر أن من التزويج المنوع « زيجته الولى مع التى هو موكل فى تزويجها ، والوصى وابنه وأخوه مع التى هو موكل على مالها ، إلا إن تمت لها ست وعشرون سنة وقام الوصى بما يجب عليه من الحساب » ^(٢) . ويعتبر صاحب الخلاصة القانونية أن هذا المانع من الموانع التى تمنع الزواج من قبل لكنه لا يوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، بحيث يكون أخذ إذن الرئيس الشرعى بذلك ^(٣) ولم يرد فى المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس ذكر للمانع الذى ينشأ عن الولاية أو الوصاية .

(١) وجدير بالذكر فى هذا المقام أن نبين أن الشريعة الإسلامية قد نسخت نظام التبنى الذى كان يجعل التبنى ابنا لمن تبناه وذلك على أثر ما جاء فى القرآن الكريم بقوله تعالى : « وما جيل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهتدى السبيل أدعوم لا بأبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فاعخوانكم فى الدين ومواليكم » . وعلى ذلك فمن صرح بأنه يتخذ عن طريق التبنى ولداً وهو ليس بولده ، فلا يترتب على هذا التبنى أى حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء ، كما أن من تبنت ختاة كائن له أن يتزوجها ، ما لم يوجد هناك مانع من الزواج . كما يصح للتبنى أن يتزوج المرأة التى تبنته (عمر عبد الله ، فى الأحوال الشخصية ، السابق ص ٤٢٢) .

(٢) ابن العسال ، السابق ص ١٩٦ ، وانظر ابن تعلقى فى ملحق ابن العسال ص ٢٢ .

(٣) انظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية .

١٢٢- (٥) الرضاع : وقد عرفت بعض الكنائس - علاوة على أنواع القرابة المختلفة التى بينها فيما سبق - نوعاً آخر من القرابة هو القرابة الناشئة عن الرضاع . وهذه الكنائس هى الكنيسة السورية والأرمنية والقطبية ، وحى تتلاقى فى ذلك مع الشريعة الإسلامية^(١) .

وقد عالج الفقه القبطى الأرثوذكسى هذا المانع مع المانع الخاص بالقرابة الناشئة عن التبني ضمن ما أسموه بأبناء الوضع . فإذا أرضعت امرأة ذكراً أو أنثى إرضاعاً تاماً عن قصد كوالدة لولدها ، صار لذلك الولد قرابة وضعية مع تلك المرأة ، فيكون ابنها من الرضاع . وحكم هذه القرابة أنها تعتبر مانعاً من الزواج ، فلا يتزوج أحد بن أرضعت أمه إرضاعاً تاماً كوالدة لولدها ، ولا بأولاده ولا بأبائه^(٢) .

وإذا كان هذا هو موقف الفقه متأثراً فى ذلك بالشريعة الإسلامية إلا

(١) دوقلييه ودوكليرك ، السابق ص ١٥٦ .

ولم يرد ذكر لهذا المانع لدى الطوائف الكاثوليكية بصفة عامة وكذلك لم تذكره الطوائف الخاصة بالانجيليين ، ولذلك فلا يستبر الرضاع مانعاً من موانع الزواج .

(٢) وهذا ما جاء فى المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية (وانظر أيضاً المسألة ٢٧) ، وهو نفس ما جاء بقوانين ابن لقلق « ملحق ابن السال ص ٢١ » وانظر كذلك ابن السال ، ص ١٩٥ ، فقد أورد ضمن موانع الزواج « زيجة القرائب بالوضع ولو زال يخرجه من المحير ، أعنى ولو غارتوا الذين ربوهم ، وهم المنزليون بسبب الاشتراك فى الرضاع أو التربة فى منزلة الأولاد وأولادهم والوالدين وأبائهم والسومة والخولة وزوجة الاب . ولا يتزوج الأب بـزوجة من تبنى به . والوضع هو أن جدى مثلاً ربي صبية » وكان أبى يدعوهما أخته ، فى معنى بالوضع . أو أى أرضعت صبية وربتها معى ، فى أختى بالوضع . هذا فى قوانين الملوك . ظاهراً الدسقلية فندبت للانسان أن يزوج ولده بالبنيم الذى ربه . وهذا فيه ايضاح ورحمة فهو أولى » .

أنه لم يرد ذكر لهذا المانع في المجموعات التحديثية للاقباط ، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بالأرمن^(١) .

ثانيا : الموانع الأخرى

١٢٣ - (١) مانع الأدب العمومي أو الحشمة (L'empêchement d'honnêteté publique) هو نوع من أنواع مانع القرابة الناشئة عن المصاهرة ، كان ينشأ فيما مضى عن الزواج غير المكتمل وعن الخطبة . وقد وجد في الكنائس الشرقية والكنائس الغربية .

وقد حصرت الطوائف الكاثوليكية هذا المانع في صورتين فقط هما : حاقّة الزواج الباطل ، وحالة المصاهرة سفاحا بطريقة علنية . وقد نصت المادة ٦٩ من الإرادة الرسولية على هذا بقولها : « ينشأ مانع الحشمة عن الزواج الباطل ٤ مكتملا كان أم غير مكتمل ، وعن التسريّ المشتهر أو العاني (un concubinage public et notoire) . فيبطل الزواج في الوجه (الدرجة) الأول والثاني من الخط المستقيم بين الرجل وأقارب المرأة الدمويين وبالعكس » .

ومن هذا النص يتبين لنا أن المانع يقتصر على حالتين : (١) حالة الزواج

(١) أما السريان فقد تكلمت النصوص الخاصة بهم عن هذا المانع وتشرط لقيامه أن ترضع المرأة ولدين مدة سنتين كاملتين حليبا كسبته من رجل واحد . ويحتقذ فالأولاد واخوتهم ٣ إخوة واخوات بعضهم حتى الأبد . فالتى ترضع هي أم ، وزوجها أب وقس على ذلك بينهم حتى الوجه الخامس . مع ملاحظة أن التنسيع بما دون ذلك منوط بالبطريركية (مادة ١٧ سريان) ، فإذا انقطع الرضاع قبل كمال السنتين أو إذا خلط بحليب الرضع مواد أخرى تزيد على كمية الحليب الذي ترضعه ، كالحلأ والطبخ والحليب الغريب ، فإن هذا المانع لا يقوم (أنظر المادة ١٨ وكذلك المادة ١٤٥ من المجموعة قضاها ، ثم انظر أيضا : دويليه ودوكليرك المرجع السابق س ١٥٦ - ١٥٧) .

الباطل ، ولا بهم ما إذا كان هذا الزواج الباطل مكتملاً أم غير مكتمل .
(١) حالة المباشرة سفاها بطريقة علنية مشتهرة . فالمباشرة وما يعادلها أمر لازم لقيام هذا المانع . ولا بد من أن يكون هناك مظهر لملاقة أو لزواج دائم ، بحيث يمكن - من حيث الظاهر - القول بأن الطرفين مرتبطان برابطة زوجية ، في الوقت الذي لا يستبران فيه كذلك .

ويترتب على قيام هذا المانع بطلان الزواج بين الرجل وأقارب المرأة الدمويين ، وبالعكس ، وذلك في الدرجة الأولى والثانية من الخط المستقيم فقط . فلا يستطيع الرجل الذي أبرم زواجا باطلاً أو عاشر امرأة سفاها على النحو السابق ، أن يتزوج بأمة تلك المرأة أو جدتها ، ولا بنتها أو بنت بنتها ، لأن قرابة هؤلاء تمتد إلى الدرجة الثانية في الخط المستقيم .

١٢٤ - (٢) مانع الجريمة^(١) (L'empêchement de crime) : يمكن القول بصفة عامة أن هذا المانع يترتب على الزنا adultère وعلى قتل أحد الزوجين conjugicide . ويبرر الأخذ به وإدخاله في الاعتبار كمانع من موانع الزواج عوامل متعددة ، منها فكرة الطهر العام التي تستلزم بطلان كل زواج يتصل بالفضائح ؛ ثم هناك أيضاً فكرة الأمن والاستقرار اللازم للزوجين ؛ تلك الفكرة التي تتطلب أن يقطع على الشركاء كل أمل في زواج قد يدفع بهم إلى ارتكاب الجريمة . وإلى جانب هذا وذاك فإن فكرة الخطأ نفسه تستلزم

(١) أنظر في هذا المانع وصفة خاصة لدى الكاثوليك : De Smet ، السابق ص ٥٠٨ وما بعدها . Fournier السابق ص ٢٤٧ وما بعدها . ناز ، السابق ص ٣٤٥ وما بعدها .
(المادة ١٠٧٥ من القانون الكنسي الفرنسي) . Galtier ، السابق ص ١٥٢ وما بعدها .
الرسالة التحللية ، العدد سالف الذكر ص ٥٦٣ بعنوان « مانع الذنب » . وانظر كذلك القواعد التي جمعها فيليب جلال بالنسبة لكاثوليك سادة ص ٩٠ وما بعدها . وانظر كذلك الدكتور خفيق شحاتة ، جزء ٥ ص ٤٥ وما بعدها .

إنزال العقاب بمرتكيه ، ولا أقل من حرمان المخطئ من الافادة من خطئه ، عقابا له . فمانع الجريمة هو في الوقت نفسه نوع من العقوبة .

وقد فصل النص الخاص بالطوائف الكاثوليكية الشرقية ^(١) بصفة عامة الحالات التي يقوم فيها هذا المانع ، فنص في المادة ٦٥ من الارادة الرسولية على أنه : « لا يصح عقد الزواج بين الأشخاص التالية :

- ١ - من اقترف مع صاحبه زنى فتواعدا كلاهما بالزواج ، أو حاولا عقد الزواج نفسه ولو باجراء مدنى فقط ، وهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح .
- ٢ - من اقترف مع صاحبه زنى وقتل أحدهما زوجه ، بينما كلاهما مرتبطان بذات الزواج ، الصحيح .

٣ - من تعاون مع صاحبه تعاونا طبيعيا (ماديا) أو أدبيا (physique ou morale) قتل الزوج ، وإن لم يزن أحدهما مع الآخر .

ويتبين لنا من هذا النص ثلاث صور للجريمة من شأنها أن تجعل الزواج باطلا بين مرتكبيها : الصورة الأولى هي صورة الزنا مع الوعد بالزواج أو محاولته والشروع فيه ، دون أن يكون هناك قتل الزوج . والصورة الثانية صورة الزنا الذي يحدث مع قتل الزوج ، والصورة الثالثة صورة القتل فقط دون ارتكاب الزنا .

- ١ - الصورة الأولى : صورة الزنا دون أن يصاحبه قتل الزوج (adultère sans conjugicide) : في هذه الحالة يلزم أن يكون هناك زنا تاما parfait, consommé ، بمعنى أن يكون هناك اتصال جنسى كامل من شأنه .

(١) أنظر كذلك الدكتور شفيق شعاعه ، السابق ص ٦٢ وما بعدها بالنسبة للعكم الوارد في التقنين الكاثوليكي المرقى .

أن يؤدي إلى التماسل . كما يلزم أن يكون زنا حقيقيا بمعنى أن يكون كلا الطرفين أو أحدهما على الأقل ، مرتبطا بزواج شرعى صحيح قائم . وإنما لا يلزم أن يكون الزواج مكتملا بالدخول والجماع ، بل يكفي قيام الزواج على النحو السابق من وقت المقد .

ويلزم أيضا أن يدرك الشريكان أنها يعتديان بفعلها على حقوق الزواج نفسه ، أى ينبغى أن يعلم كل منهما أنه يرتكب الزنا . فإذا كان كل منهما متزوجا وبجمل جهلا قاطما الرابطة الزوجية التى يرتبط بها شريكه ، فلا يقوم المانع ^(١) . ولكن إذا كانا متزوجين ، يكفي أن يعلم أن أحدهما متزوج ، ولا يلزم أن يعلم كل منهما بزواجه هو نفسه . طالما أنها يعلمان بقيام الزواج الذى يقع عليه الاعتداء من كليهما .

والزنا على النحو السابق قد يتصل به وعد بالزواج ، كما قد يتصل به محاولة أو شروع فى الزواج . ففى حالة ما إذا اتصل به وعد بالزواج ينبغى أن يكون هذا الوعد وعدا حقيقيا يرتبط بموجبه الطرفان ارتباطا متبادلا mutuellement . وقبلانه بصورة مطلقة . هذا الوعد ينبغى أن يصدر فى حرية تامة . وإذا ما اتصل الزنا بالوعد المتبادل بالزواج فانه يلزم أن يتم ذلك أثناء قيام زواج واحد صحيح بين أحد المتواعدين وشخص ثالث . ولا يهم ما إذا كان الوعد سابقا أو لاحقا على الزنا . وكل ما هنالك أنه فى حالة ما إذا كان الوعد سابقا ، ينبغى ألا يعدل عنه قبل إتمام الزنا . ويجب أن يكون الوعد قبل موت الزوج المعتدى عليه ، وينصرف إلى إتمام الزواج بعد وفاته ^(٢) . إذ لا يتصور أن يتم زواج بين

(١) أنظر فى هذا أيضا : القانون الكنسى بأشرف « ناز » . السابق ص ٣٤٦ .

(٢) De Smet ، السابق ، ص ٥٠٩-٥١٠ ، وأنظر أيضا . القانون الكنسى بأشرف

« ناز » . السابق ص ٣٤٦ .

المتواعدين في حياة الزوج الذى وقع عليه الاعتداء ، لأن الرابطة لدى الكاثوليك لا تنفصم إلا بالموت . فالوعد بالارتباط بالزوج قبل موت الزوج المعتدى عليه ، تد يدفع الشريكين إلى الجريمة .

أما في حالة ما إذا اتصل بالزنا محاولة عقد زواج أو الشروع فيه . فانه يقصد بذلك الحالة التى يبرم فيها زواج غير صحيح بالفاظ تعبر عن الرضا الحال أو بأية إشارة أخرى تتضمن وعداً بالرضا . ويكفى أن يكون ذلك زواجا مدنيا فقط ، حتى ولو لم يقع هذا الزواج صحيحا من الناحية المدنية . ولكن لا يكفى مجرد المعاشرة سفاحا (concubinage) مهما طالت مدة المعاشرة ، طالما أنه لم يكن هناك رضى بالزواج . ويلزم أن تم محاولة الزواج أو الشروع فيه ، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الوعد بالزواج ، أثناء قيام الزواج الأول وقبل موت الزوج المعتدى عليه ، مع ضرورة علم الشريكين بأن أحدهما مرتبط بزواج قائم.

ومن هذا نرى أن الزنا في هذه الحالة يلزم أن يتصل به وعد بالزواج أو شروع فيه على النحو السابق ، بحيث يتم الوعد أو الشروع ، مع ما يلزم لتوافرها من شروط ، أثناء قيام الزواج الذى ارتكبت ضده الخيانة . ولا يهم أن يكون الوعد أو محاولة الزواج قد تما عن قبل الزنا أو بعده ^(١) . فالمانع من الزواج بين الشريكين يقوم في هذه الحالة إذا وقع الزنا مع الوعد بالزواج أو مع محاولة الزواج أو الشروع فيه ، متى تم ذلك أثناء قيام الزواج الذى وقع

(١) أنظر De Smet ، السابق ، ص ٦١٠ وهامش رقم ٦ من الصفحة نفسها .

عليه الاعتداء ، فلا يكون للشريكين أن يتزوجا حتى ولو انتهت الزوجية بموت الزوج الممتدى عليه ^(١) .

٢ - الصورة الثانية : صورة الزنا مع قتل الزوج adultère et conjugicide

« conjugicide » : في هذه الحالة يجب أن يكون هناك زنا بالمعنى الذى حددناه في الصورة السابقة ، كما ينبغي إلى جانب ذلك أن يكون هناك قتل يقع على زوج ، أى ينبغي أن يكون هناك زواج حقيقى صحيح ، حتى ولو لم يكن مكتملا ، وأن ينتج القتل من فعل أحد الشريكين فقط ، بقصد إبرام الزواج ، بصرف النظر عما إذا كان القاتل قد قتل زوجه هو ، أو قتل زوج الطرف الآخر . كما يكفي أن توجد النية لدى أحد الشريكين . والظاهر أنه لا يتطلب في هذه الحالة أن يعين القاتل إلى شريكه عن نيته في التزوج به .

هذا ، ويلزم أن يتصل الزنا بالقتل أثناء قيام الزواج نفسه الذى حصل عليه الاعتداء . ولكن لا يهم ما إذا كان الزنا سابقا على القتل ، كما هو الوضع العادى للمألوف ، أو كان في الفترة التى حصل فيها الاعتداء على حياة الزوج المحبى عليه وقبل وفاته ، كما في حالة القتل بالسم مثلا إذا ما تم الزنا بعد إعطاء السم وقبل وفاة المحبى عليه الذى تناول هذا السم .

٣ - الصورة الثالثة : صورة القتل فقط دون الزنا : conjugicide seul

وفي هذه الحالة يلزم أن يكون هناك قتل يقع على زوج حقيقى ، أى يكون

(١) هذا هو ما ينصرف إليه المانع في هذه الحالة ، ومع ذلك فقد فهم البعض (أحمد سلامة ط ٢ ص ٥٦٩) ، أن الزواج يكون أثناء قيام الزوجية الممتدى عليها ، ولهذا ذهبوا إلى أن المانع لا يقوم على الزنا ، بل مرده إلى الارتباط بالزواج السابق . ولكن مقصود النص غير ذلك ، كما ذهبنا في المتن . والمانع لا ينطبق إلا عندما يريد الشريكان الزواج بعد وفاة الزوج وانقضاء الزوجية الممتدى عليها . ويوضح هذا ما نص عليه في المادة ٣١ من قانون الأتباط الكاثوليك من أن زواج الشريك من شريكه بعد انقضاء الزوجية يقع باطلا .

زواجه زوجا قائما صحيحا ، كما يلزم أن يتفق الطرفان على القتل ، فلا يكفي أن يقتل أحد الزوجين زوجه بغير علم وموافقة من هو مزعم على الارتباط معه بعقد الزواج ، بل لابد أن يكون هناك تأمر على حياة الزوج الذى يقف عقبة فى سبيل الشريكين ، ويريدان التخلص منه ، حتى ولو لم يكن هناك زنا بالمرّة . وبعبارة أخرى ، لا يكفي أن يقوم كل من الطرفين بالقتل منفردا ومستقلا عن الآخر ، إذ فى هذه الحالة لا يكون هناك اشتراك وتعاون على قتل الزوج . هذا التعاون بين الطرفين على القتل يكون تعاونا طبيعيا (ماديا) أو أدبيا ، كما قضى بذلك الفقرة الثالثة من المادة ٦٥ سالفة الذكر .

ويلزم فى النهاية أن يكون لدى الشريكين ، أو أحدهما على الأقل ، نية الزواج من الشريك الآخر . وقد ثار الجدل بين فقهاء القانون الكنسى حول إعلان هذه النية إلى الطرف الآخر ، إذا ما قامت لدى أحد الطرفين قطع . ولكن يبدو أن إجماع فقهاء القانون الكنسى يكاد ينمقد فى هذا الصدد على ضرورة إعلان هذه النية ، وهى قصد الزواج ، إلى الطرف الآخر ، حتى يقوم المانع^(١) .

هذه هى الصور الثلاث التى يقوم فيها مانع الزواج بسبب الجريمة فى الكنائس الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة . ويفهم من ذلك أنه إذا لم توجد صورة من هذه الصور بشروطها المطلوبة على النحو السابق ، لا يقوم المانع . ولا يجوز الإعفاء من هذا المانع - طبقا لما قضى به المادة ٣٢ من الإرادة الرسولية إلا فى حالة الزنا مع تواعد الطرفين على الزواج أو محاولته والشروع فيه .

(١) أظن كذلك : De Smet ، السابق ص ٥١١ . Fournet ، السابق ص ٢٤٩ .
٢٥٠ . القانون الكنسى بإشراف « ناز » السابق ص ٢٤٧ . مذكراتنا السابق الاخارة إليها
الآلة الكتابة « لطلبة كلية الحقوق عام ١٩٥٨/٥٧ ص ١١٠

وعلى ضوء البيان السابق بالنسبة لمانع الجريمة نعرض لحكم هذا المانع لدى الاقباط الأرثوذكس^(١). فقد نصت المادة ٢٧ من مجموعة سنة ١٩٥٥ على أنه :
« لا يجوز زواج من طلق لعله الزنا إلا بعد تصريح الرئيس الديني الذي صدر الحكم في دائرته . ولا يجوز زواج القاتل بزوج القاتل »^(٢).

ويعرض النص أولاً لحالة زواج من طلق لعله الزنا . فتل هذا الشخص لا يجوز له أن يبرم زواجا جديداً إلا بعد التصريح له بذلك^(٣) . وليس في النص أى قيد بأن يكون المنع في حالة زواج الزوجة بمن زنى بها ، فيصح أن يكون الزواج بمن زنى بها أو بأى شخص آخر ، طالما أنه قد صدر التصريح بذلك . وهذا ما قد يفهم من النص نظراً لاطلاقه . وهو بذلك محل للتدبر . ولهذا نرى أنه يجب أن ينصرف المنع بالذات إلى زواج الزوجة التي طلقت بسبب الزنا بمن زنى بها . وبذلك يعتبر الزنا مانعاً من الزواج بين مرتكبيه ،

(١) يمكن الرجوع بالنسبة لهذا المانع إلى دوفيليه ودوكايك : الزواج في القانون الكنسي الشرقي ، المرجع السابق ، ١٩١-١٩٤ وذلك بالنسبة لقيام هذا المانع لدى الطوائف الشرقية صفة عامة . وانظر كذلك بالنسبة للاقباط الأرثوذكس ، شفيق شحاته ج ٥ السابق رقم ٥١٩ - ٥٢٦

(٢) ولم يرد في مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس نص مماثل لهذا النص . ومع ذلك فقد تكلمت كتب الفقه عن تحريم زواج المرأة الزانية . فقد ورد في قوانين ابن لفلق (ملحق ابن السال السابق ص ٢٢) أنه « لا يتزوج مؤمن بغير مؤمنة ولا بالتائب في الزنا المشهورة به ... » ويقول ابن السال (السابق ص ١٩٦) إن من بين موانع الزواج « الزيجة بالتي ثبت عليها الزنا » والمطلقة لما يوجب الطلاق « . وانظر كذلك المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية حيث تجل من موانع الزواج « الزنا المنتهر التائب » . وانظر مصادر هذا الحكم الأولى وقررات المجالس الكنسية والمجموعات الأولى في شفيق شحاته ج ٥ رقم ٥٠١-٥٠٤ .

(٣) والنسب يحيل التصريح بذلك للرئيس الديني الذي صدر الحكم في دائرته ، هذا التصريح يقوم على أساس توبة الزاني عن العودة إلى الزنا وهو يصدر من الرئيس الديني حتى بعد إلغاء جهات القضاء الملى . (جيل الشرقاوى : الأحوال الشخصية للعصرين غير المسلمين ، الكتاب الثانى طبعة ١٩٥٨/١٩٥٩ ص ٤٥٠ هامش ١) .

حتى تتحقق المحكمة من المنع وحتى لا يكون في إمكان زواج الزاني بمن زنى بها تشجيعاً له ولها على ارتكاب الزنا لئلا يتسكنا فيما بعد من التزوج ببعضهما^(١) وعلى ذلك لا ينصرف المنع إلى الزواج بين الزاني والزانية وبين شخص آخر طالما أنه قد صدر تصريح بالزواج^(٢).

ويعرض النص بعد ذلك لحالة القتل فيجعل منه مانعاً من موانع الزواج بين القاتل وزوج القتل . ولم يفرق في هذا الصدد - كما فعلت الإرادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك - بين ما إذا كان القتل قد اتصل به زنا مع زوج القتل أم لا ، كما أنه لم يستلزم من جهة أخرى تعاون القاتل وزوج القتل على قتل الزوج وإنما يكفي لقيام هذا المانع أن يقع قتل زوجي ، فيقوم المانع بين القاتل وزوج القتل^(٣).

(١) وتنص المادة ٣ من القواعد الخاصة بالروم الإثودكس عن أن من الموانع العتلية للزواج « الزنا بين مرتكبيه ، إذا كان هناك حكم صدر بشأنه وأثبتته » . ومتفق على ذلك أن الزواج يعتبر مانعاً مطلقاً بالنسبة لمرتكبيه متى صدر حكم بالإدانة . ولكنه لا يعتبر مانعاً على هذا النحو بين أحد مرتكبيه وشخص ثالث . وهذا ما أقره القضاء (أنظر استئناف الاسكندرية في ٢٩/١٠/١٩٥٩) . المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ١ و ٢ رقم ٢١ ص ٢٩ (أجانب) . والفكرة التي نقول بها ترجع إلى القانون الروماني (lex Julia de adulteriis cohercendis) ، وقد أخذتها الكنيسة البيزنطية فتمت الزواج بين الزاني والزانية سواء في حياة الزوج البريء المعتدى عليه أو بعد وفاته . وإذا ماتم زواج بين الزانيين اعتبر زنا وكان باطلاً حتى ولو قام الطرفان بتنفيذ العقوبة التي تفرض بسبب الزنا (أنظر في هذا : دوفيليه ودوكاريك السابق ص ١٩١) . وأنظر كذلك شفيق شحاته ، جزء ٥ رقم ٥٠ - ٥٠٩ .

(٢) أنظر أيضاً دوفيليه ودوكاريك ، السابق ص ١٩١ وما بعدها . هذا ويراعى أن الأمر لم يبرأ من مجموعهم لهذا المانع ، كما لم يبرأ له السريان بصورة مباشرة كذلك (أنظر المادة ١٢ من مجموعهم) . وأنظر حكم المحكمة السريانية في شفيق شحاته جزء ٥ رقم ٥١٤ - ٥١٦ ، حيث يبين أن الزواج بالزانية يتمتع على شريكها في الإثم ، بل وعلى غيره كذلك . وأنظر كذلك : أحمد سلامة ، ط ٢ ص ٦٧ بالهامش .

(٣) وبطبيعة الحال لا ينبغي القول بقيام المانع في هذه الحالة إلا في حالة ما إذا كان القتل عمدياً . فلو كان القتل خطأ لا يقوم المانع بين القاتل وزوج القتل . ويبرر ذلك - كما يقول البعض (جميل العراقي ، السابق ص ٤٥١) - أن منع الزواج في هذه الحالة عقوبة تستلزم خطأ جسيماً يبررها .

١٢٥ - (٣) مانع اختلاف الدين والذهب^(١) : يجب بادی الأمر أن تفرق في صدد الكلام عن هذا المانع بين حالتين قد يختلطان فيما بينهما ، وخاصة أنه قد يترتب عليهما نتائج مختلفة بالنسبة لبعض الكنائس . الحالة الأولى حالة المذهب المختلط (religion mixte) ، وهي الحالة التي يتم فيها الزواج بين مسيحيين معمدین يتبعان مذهبين مختلفين (كاثوليكي وغير كاثوليكي مثلا) . والحالة الثانية ، وهي التي يمكن أن نطلق عليها حالة اختلاف الدين أو العقيدة (disparité de culte) ، وهي الحالة التي يتم فيها الزواج بين مسيحي معمد وشخص آخر غير معمد ، سواء كان مسيحيا أو غير مسيحي . فأساس التفرقة بين الحالتين لدى الطوائف الكاثوليكية هو التعميد (baptême) ، إذ في الحالة الأولى يكون الزواج بين شخصين معمدین (baptisés) ، أى نالاسر المعاد - وهو أحد أسرار الكنيسة - لكن أحدهما يعتبر كاثوليكي والآخر ينتسب إلى مذهب آخر غير كاثوليكي . أما في الحالة الثانية - أى في حالة اختلاف الدين أو العقيدة - فإن أحد الطرفين فقط يكون معمداً والآخر غير معمد ، أى لم ينل سر المعاد ، سواء كان مسيحيا لم ينل هذا السر أو كان غير مسيحي .

وقد رتبت الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية على هاتين الحالتين جزاء مختلفا^(٢) . ففي الحالة الأولى (religion mixte) يعتبر المانع

(١) أنظر في هذا المانع وتطوره من الناحية التاريخية : Fournet ، السابق ص ٢٥٠-٢٥٢ ، وانظر كذلك : De Smet ، السابق ص ٢٥٢ وما بعدها . دوفليه ودوكليرك السابق ص ١٦٤ ، وما بعدها . القانون الكنسي بإشراف « ناز » : السابق ، فقرة ٣٩٣ ص ٣٢٩ . والرسالة المخلصة العدد السابق ص ٥٥٥ . حلمي بطرس ، السابق ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) انظر كذلك بالنسبة لهاتين الحالتين المادتين ٩٤ و ٩٥ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيلب جلاذ ، السابق ص ٣٧٩ ، وكذلك ما أورده في هذا الشأن تحت عنوان « فتاوى » .

تحريراً فقط ، ومعنى ذلك أن الزواج الذى يتم مع قيام هذا المانع لا يعتبر باطلاً ، وإن كان يعتبر محرماً . وقد نصت على ذلك المادة ٥٠ من الارادة الرسولية بقولها : « تنهى الكنيسة فى كل مكان أشد النهى عن عقد زواج بين شخصين معتمدين الواحد (أحدهما) كاثوليكي والآخر منتم إلى بدعة هرطوقية أو مشاقة (inscrite à une secte hérétique ou schismatique) . وإذا كان على الفريق (conjoint) الكاثوليكي أو على الأولاد خطر ضلال من جراء ذلك ، فالزواج محرم بمقتضى الشريعة الالهية نفسها ^(١) » .

أما الحالة الثانية (disparité de culte) فإن الزواج يكون باطلاً ، كما نصت المادة ١/٦٠ من الارادة الرسولية إذ تقول : « الزواج المعقود بين شخص غير معتمد (non - baptisée) وشخص معتمد باطل ^(٢) » .

ويختلف الموقف الذى يتخذه المذهب الكاثوليكي بصفة عامة بالنسبة للحالة الأولى ، وهى التى تتعلق باختلاف المذهب والنسب يطلق عليها الفقه الزواج المختلط ، عن الموقف الذى تتخذه الكنائس الأخرى فى شأن هذه الحالة .

(١) أنظر فى شأن هذا المانع التحريمى لدى الكاثوليك والاعضاء منه وواجبات الطرفين ورجال الدين: المادة ٥١ وما بعدها ، وانظر كذلك المادة ٣٢ من الارادة الرسولية . ويقابل النصوص السابقة فى القانون الكنسى الغربى المواد ١٠٦٠ وما بعدها .

وقد جاء فى الرسالة المخلصية العدد السابق الإشارة إليه فى شأن هذا المانع من ٥٠١ ما يلى : « يتحقق هذا المانع فى حالة إقدام كاثوليكي على الزواج من شخص آخر ينتمى إلى بدعة هرطوقية أو مشاقة . وقد أوضحت لجنة تفسير « الكودكس » أنه يجب أن تمد البدع الإلحادية من عداد البدع المنوّه عنها (١٩٤٣/٦/٢٠) . وعليه فإن أعضاء الحزب الشيوعى المناهضين للدين يسلمون ويثيرون تعليم مضاد للمسيحية يحسبون أعضاء بدع مقاومة للمسيحية ، ويطبق هذا القانون بحقهم » .

(٢) وتقالى هذه المادة ١٠٧٠ من القانون الكنسى الغربى .

قد نصت المادة ٢٣ مجموعة سنة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على أنه :
« لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية إلا بين مسيحيين
أرثوذكسين ». وهذا يعنى أنه لا بد أن يتحد الطرفان ديانة ومذهباً . فإذا
اختلفا من حيث المذهب لا يجوز الزواج ، أى يعتبر باطلا . وبعبارة أخرى يعتبر
اختلاف المذهب عند الأقباط الأرثوذكس من موانع الزواج . يترتب عليه
البطلان ، فهو مانع مبطل^(١) . وعلى هذا يكفى أن يتحد الطرفان المسيحيان فى
المذهب الأرثوذكس - ولو لم يتحدا فى الطائفة - بأن يكون أحدهما من الأقباط
الأرثوذكس والآخر أرثوذكسى من أية طائفة أخرى . وهذا هو ما يتضح من
النص السابق^(٢) . على أن يراعى بطبيعة الحال ما تقتضى به القواعد الخاصة

(١) أنظر المادة ٤٠ من المجموعة نفسها حيث جعلت الجزاء على مخالفة حكم المادة ٢٣
هو البطلان . وانظر المادتين ٢٤ و ٤١ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط . وانظر كذلك مذكراتنا
على الآلة الكتابة لطلبة كلية الحقوق بالاسكندرية عام ١٩٥٨/٥٧ ص ١١١ .

(٢) على أن الذى يتضح مما قاله فقهاء الأقباط الأرثوذكس يخالف ما جاء به نص المادة
٢٣ المذكور إذ أنهم لا يرتبون المانع على حالة اختلاف المذهب ، بل على المخالفة فى الدين
السيسى . أى الزوج شخص من دين آخر غير السيسى . فقد جاء فى الخلاصة القانونية
أن من بين الأسباب التى تمنع الزواج « المخالفة فى الدين السيسى » (السألة ١٧ فى القسم
الثانى) . فلا يجوز عقد الزواج مع وجود هذا السبب ما لم يزل المانع ، بأن يؤمن غير السيسى
بالمسيح إيماناً حقيقياً صريحاً جلياً (أنظر السألة ٢٥ من الخلاصة القانونية) - وهذا ما يتبين
لنا من أقوال ابن السال كذلك (السابق ص ٢٠٦) ، وإن كان يبدو أنه يفرق بين الرجل
والمرأة ، إذ يقول : « ولرجل المؤمن أن يتزوج من غير المؤمنات بشرط دخول الزوجة فى
الإيمان . فأما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الإيمان لئلا ينقلوهن إلى
مذاهبهم ويخرجهن عن الإيمان . وكل امرأة مؤمنة تتزوج برجل غير مؤمن تخرج من الجماعة »
وإن ثابت واختلعت منه فتقبل « كمن يرجع عن كفره » وبعد التبرر الواجب تختلط بالمؤمنين
وتعطى القربان . وكل مؤمن يزوج ابنته أو أخته بشر إرادتها ولا عليها من لا يؤمن ، فليخرج
من الجماعة » ومنع من مخالطة المؤمنين . أما هى فلا ... وهذا ما يبدو كذلك من قوانين
ابن لقلق حين يقرر أنه « لا يتزوج مؤمن بشير مؤمنة » (ص ٢٢ ملحق ابن السال) .

بالطوائف الأخرى ؛ فقد تستلزم أن يكون الزواج بين متحدين في الديانة والمذهب والطائفة أيضا . وبذلك يكون المنع من جهة مثل هذه الطائفة التي تستلزم ذلك .

هذا بالنسبة لحالة اختلاف المذهب واعتباره مانعا في القواعد التي وضعها الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ . ويقرب من هذا ، بصفة عامة ، ما جاءت به قواعد الطوائف الأرثوذكسية الأخرى ، مع مراعاة ما جاءت به من أحكام ^(١) .

أما بالنسبة لحالة اختلاف الدين ، أي حالة الزواج بين مسيحي وآخر غير مسيحي ، فإن المذاهب كلها تتفق على أن مثل هذا الزواج باطل ^(٢) .

(١) ويختلف الأمر بالنسبة للمذاهب الأرثوذكسية الأخرى . فبالنسبة للكنيسة الأرمنية نجد أنها تتفق في استلزام أن يكون الماعدان تابعين لمذهب الأرمن الأرثوذكس . إلا أن المادة ١٠ من قواعد الأحوال الشخصية لطائفتهم تضع قرينة على أن « مجرد الاحتفال بالزواج في الكنيسة الأرمنية الأرثوذكسية يعد قبولا من المتصادقين لمذهبها » . (يراعى ما عرضناه له من قبل عند كلامنا عن إثبات الاتحاد في الطائفة والملة والديانة وإثبات تغييرها) وخاصة ما اتجهت إليه محكمة النقض - أنظر ما سبق رقم ٦٣ . وتنفي المادة ٥ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس بأنه يصرح بزواج الأرثوذكس بمسيحي من غير مذهبه عندما يأخذ الطرف غير الأرثوذكسي عيدا كتابيا على نفسه : (١) بأن يقوم بمراسم زواجه ككهن أرثوذكسي . (٢) بأن يصير تلميذ وتلميذ أولاده حسب المذهب الأرثوذكسي . (٣) وبأن الاختصاص القضائي يكون للكنيسة الأرثوذكسية في حالة وقوع نزاع بين الزوجين . ولم يعد لهذا الشرط الأخير أهميته الآن بعد إلغاء جهات القضاء الملية . أما بالنسبة للسريريان فقد نصت المادة ٢١ من مجموعتهم على أن مانع المخالفة في الدين هو ألا يتزوج المؤمن بغير المؤمن ولا بالخالف له في المذهب خشيته من أن يجتذبه ذلك إلى رأيه ، ولكن إن أمن ذلك وأمل أن يجتذب الغير المؤمن إلى الإيمان ، فتدفعه يجوز التسفيع . وعلى كل فالعهد باتباع الأولاد مذهب الوالد الأرثوذكسي شرط جوهرى تجب مراعاته . ومن هذا النص الحاسم بالسريريان يتضح أنهم يسوون بين الزوج بغير المؤمنين وبين المخالفة في المذهب في الحكم .

(١) أنظر بالنسبة للمذاهب الأرثوذكسية المادة ٢٣ من مجموعة الاقباط سائلة الذكر وكذلك النصوص المشار في الهامش السابق ، مع مراعاة حكم المادة ٣ من القواعد الخاصة بالروم والتي تجبل « الزواج من غير المسيحيين » مانعا قطليا . والمادة ١٠ بالنسبة للأرمن =

على أنه إذا كانت الكنائس المسيحية تتفهم مواقف مختلفة على النحو السابق في حالة اختلاف الديانة والمذهب واعتبار هذا الاختلاف مانعا من موانع الزواج ، فإن هذا يقتضى أن تكون القواعد الموضوعية لدى تلك الكنائس هي الواجبة التطبيق . ولكن إذا كان الأمر يتعلق باختلاف الديانة والمذهب ، فإن هذا يدعونا إلى الكلام عن مدى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد .

لا جدال في تطبيق القواعد الموضوعية لدى الكنائس المختلفة وذلك إذا ما غير أحد الطرفين ديانته أو مذهبه أو طائفته بحيث أصبح متحدا فيها مع الزوج الآخر ، طالما كان هذا التغيير قبل رفع الدعوى . في هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة بالطرفين ، ولا يثار إشكال ما بصدد مانع اختلاف الديانة والمذهب .

وإذا ماثار النزاع حول قيام الزواج بين مختلفي الديانة أو المذهب أو الطائفة أو عدم قيامه ، نظراً لوجود مانع مستند إلى هذا الاختلاف ، فإن الشريعة

= حيث تشترط لعمد الزواج « أن يكون العاقدان مسيحيين » ، وكذلك المادة ٢١ سريان . وكذلك المادة ١/٦٠ من الإرادة الرسولية بالنسبة للكاتوليك ، مع مراعاة تطبيق حكمها بين المصلدين وغيرهم . فالزواج يكون باطلا إذا تم بين كاثوليكي مصلد وآخر غير مصلد ، سواء كان مسيحياً أو غير مسيحى .

هذا ويراعى أنه لم يرد لهذا المانع ذكر لدى الأنجليكان ، ولذا يمكن القول أنهم لا يقرون هذا المانع (انظر جيل الشرفاوى ، السابق ص ٤٤١ ومقاله عن انحلال الزواج بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع من السنة الثامنة والعشرين ص ٢٤٠) . ومع ذلك فإنا نعتقد أنهم يقرونه على الأقل في حالة اختلاف الديانة . ذلك أن النصوص التي أوردتها مجموعتهم تجعل من اعتناق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية سبباً للتطبيق أى أن شريعتهم لا تقر الإبقاء على هذا الزواج ، فأولى بها ألا تفرقه ابتداءً وتجعل منه مانعاً من الزواج ، على الأقل في هذه الصورة ، صورة اختلاف الديانة (في هذا المعنى : أحمد سلامة ط ٢ رقم ٢٤٨ ص ٥٧٤) .

الاسلامية هي الواجبة التطبيق في شأنه . لكن قد يحصل ألا يثار بطلان الزواج استناداً إلى هذا المانع . وقد جرى العمل على إقرار مثل هذا الزواج بين مختلفي الديانة والمذهب ، طالما أنه لا يوجد تعارض مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية من حيث عدم إباحة زواج غير المسلم بالمسلمة . فاذا تم الزواج بين مسلمة وغير مسلم كان هذا الزواج باطلاً طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية . وفيما عدا ذلك فإن الشريعة الاسلامية تقر الزواج بين مختلفي الديانة أو المذهب ، سواء تم بين مسيحي ومسيحية مختلفي المذهب أو بين مسيحي ويهودية أو العكس ، طالما أن الطرفين يدينان بكتاب سماوى ، إذ أن الشريعة الاسلامية تعتبر الشرائع السماوية الأخرى ديناً واحداً^(١) .

والواقع أن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في هذا الصدد يحل الاشكال وينفي عن البحث - عند اختلاف الطرفين غير المسلمين في الديانة أو المذهب - في أى القواعد يكون واجب التطبيق ، أمى القواعد الخاصة بالزواج أم القواعد الخاصة بالزوجة .

الفرع الثانى : الشروط الموضوعية في الشريعة اليهودية

أولاً : الرضا بالزواج

١٢٦- **ضرورة الرضا ، مضمونه ، لوصاله** : لا ينعقد الزواج بغير الرضا في الشريعة اليهودية ، كما رأينا بالنسبة للشريعة المسيحية . ذلك أن الزواج عقد ، وتبعاً لذلك ، فإنه لا ينشأ إلا بتراضى الطرفين ، سواء كان الطرفان هما الزوجان

(١) أنظر جيل الشركاوى ، السابق ، ٤٤٠

أم كان من رضى بالزواج من له الولاية على أى منها فى الحدود التى يصح فيها ذلك ، كما سنرى ^(١) .

واستلزام الرضا بالزواج أمر لا شك فيه ، سواء بالنسبة للربانيين أم بالنسبة للقرائين ^(٢) .

ولا بد أن ينصرف الرضا إلى إنعام الزواج ، وإلى تولية كل من الطرفين نفسه للآخر تولية شرعية ، وتحويله حقا على جسده ، على نحو ما ينسا فى الشريعة المسيحية ^(٣) .

وعلى خلاف ما بينا فى الشريعة المسيحية ، يصح هنا أن يقتدر الرضا بالشرط . وقد ورد فى شعار الحضر تفصيل لهذا الموضوع مقتضاه جواز تعليق الرضا على شرط واقف ، فإذا كان الرضا معلقا على شرط محرم ، يبطل الشرط وينفذ العقد . فمن « عقد بشرط وتحقق ، نفذ العقد ، وإلا فلا ، وسواء كان

(١) والرضا شرط لازم لقيام الزواج ، يجب توافره فى جميع الحالات ، حتى فى الصورة التى عرضناها فيما سبق « أنظر ما سبق رقم ٦٩ مكرر » بالنسبة لحالة إرصاد زوجة الأخ .

(٢) وتؤكد المادة ٥٦ من ابن شمعون ضرورته بقولها إن أركان العقد ثلاثة : « الأول) تسمية المرأة على الرجل وتقدمها عليه بقبولها ، ولو بخاتم يعطيه إليها يدا يد ... ويتم التعبير عنه عند التقديس حيث يقول الرجل للمرأة « تقدمت لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئا آخر » فتقبل المرأة ، وبقبولها ما يقدم إليها يصدر رضاها بالزواج ، وبالتالي يكون التعبير شنيا « أنظر جيل الشرفاوى ١٩٦٠/٥٩ ص ١٤٢ » .

والقبول ضرورى كذلك لدى القرائين « وإلا فلا عقد ولا زوجية » . سواء كان الرضا من جانب الرجل أم من جانب المرأة (أنظر شعار الحضر ، السابق ص ٧٠) .

(٣) أنظر ما سبق رقم ٩٦ .

من جانب الرجل أم المرأة » . وقد قسمه العلماء إلى أربعة ، وبينوا حكمه في كل منها ^(١) .

١٢٦ مكر - التعبير عن الإرادة - كيفية : والتعبير عن الإرادة يتم بألفاظ

(١) والصور التي عرض لها علماء الفرائين هي : ١ - حالة ما إذا كان الشرط مزدوجاً أي جامداً للإيجاب والسلب : كأن يقول إذا رضى أبى فأنت مقود لى عليك بمركذاً ويعطيه إليها ، وإذا لم يرض فلا يتم العقد . فإذا رضى الأب نفذ العقد وإلا فلا . فإذا ذكر الإيجاب دون السلب كقوله إذا رضى أبى ولم يقل وإذا لم يرض فلا يتم العقد ، ولو رضى الأب لاستثناء ذكر شرط السلب (واستثناء ذكر السلب لا ينافي تحقق الشرط متى تحقق فلا) . ٢ - تقديم الإيجاب ، فإذا بدأ بالسلب كقوله إذا لم يرض أبى فلا تسكونين مقوداً لى عليك وإذا رضى كنت ، فالعقد لا يتم ولو رضى الأب لأنه قدم السلب على الإيجاب . ٣ - تقديم الشرط على المرسوم : فإذا بدأ بقوله عقدت عليك ثم ذكر الشرط فلا يتم العقد ، ولو رضى الأب ، لأنه قدم المرسوم على الشرط وهو رضى أبيه . ٤ - أن يكون الشرط جازئاً للحصول : فإذا قال إن صنعت السباحة (لم يبق لهذا الشرط معنى الاستعانة في المصالحاضر مالم يكن الفرض صريحاً في أن يكون الصعود بلا واسطة ، كما جاء في هامش ص ٧٨ من «شمار الحضر») فأنت مقود لى عليك وإلا فلا ، فلفظ ، لاستعانة تحققه ، والمرسوم وهو العقد نافذ . ولكن إذا كان الشرط شيئاً مما حرم الكتاب كقوله إذا أكلت خنزيراً أو دماً فمقود لى عليك وإلا فلا . والربانيون في هذه الحالة أجازوا الشرط وأنفذوا العقد إن أكلت ، وقالوا أيضاً إن كل مشروط من الكتاب باطل ما لم يكن مالياً ، فاشتراط كونه لا ينفق ولا يكسو ولا يحصن نافذ في النفقة والكسوة لأنها من الأشياء المالية ، لا في الإحصان لأنه واجب شرعاً أي قضاء ، واعتبروا مثل أكل الخنزير أو الدم إذا اشترط من قبيل الأشياء المالية . أيضاً . فإذا أكلت نفذ العقد وإلا فلا . وعند الفرائين يلغى الشرط وينفذ العقد ضرورة أن اشتراط ما حرم الكتاب باطل .

فكل عاقد بشرط من الشروط الأربعة المار ذكرها ينفذ عقده متى تحقق الشرط وإلا فلا . ولا يتفق الفراءون مع الربانيين في حالة ما إذا اختلف الشرط المقدم امتنع العقد كقولهم (الربانيين) « أنت مقود لى عليك بهذا الدينار النضة فإذا به ذهب ، أو بشرط أنه موسر وهو فقير ... فان هذه الشروط وما يماثلها لا يعتد بها لدى الفرائين ، أي ينفذ العقد . كذلك إذا كان الشرط محله المرأة كاشتراط كونها كاهنة وهي اسرائيلية أو موسرة وهي فقيرة - ويتفق الفراءون مع الشريعة الإسلامية (انظر المادة ١٦ من الأحكام الشرعية لتدري باشا) كذلك الشرط المؤخر لا عبرة به عند الفرائين ضرورة أن لا يعمل للشرط بعد الانقضاء قياساً على الإطلاق ، فانه لا شرط بعده ، إذ به تنقطع الصلة ... (انظر شمار الحضر ص ٧٧-٧٩) .

معينة يقولها الرجل بالعبرية « . . . تقدمت لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئا آخر » (مادة ٥٦ من ابن شمعون) . وعند القرائين بعد أن يسلم الرجل المهر كله أو بعضه يشهد الحاضرين على نفسه بقوله « بهد طور سيناء وبفرائض جبل حوريب قد خطبت وقدمت لى فلانة بنت فلان لتكون لى زوجة على طهارة وقداسة ، بمهر وثيقة وقبول كشرية سيدنا موسى وبني اسرائيل ^(١) ويكون قبول المرأة ضمنا بأخذ ما يقدم لها من خاتم أو نحوه أو قبولها ما يقدم إليها من مهر فى مجلس التقديس .

وعلى ذلك فإن التعبير عن الارادة كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا . فإذا كان الطرفان أو أحدهما غير قادر على الكلام فإن الزواج يتمدد « بواسطة السلطة الشرعية » (م ٤٨ من ابن شمعون) . ولا نعتقد أن هذا يعنى أن السلطة الشرعية هى التى تتولى عقد زواج الأخرس أو الخرساء دون رضاها ، إذ يتعين أن يعبرا عن رضاها بأشارتهما المبهودة ، وتتولى السلطة الشرعية إثبات ذلك .

١٢٦ مكر (١) - ممن يصدر التعبير - الوكالة : الأصل أن يصدر التعبير عن الرضا بالزواج من كل من طرفيه ، متى كان لهما الحق فى إبرام الزواج ، ويكون لهما ذلك متى كانا بالغين عاقلين ^(٢) . ويختلف الحكم بالنسبة للبلوغ عند الرابانيين عنه بالنسبة للقرائين ، إذ بالنسبة للأولين نجد أنهم يحددون سنا معينة أما الآخرون فإنهم يمتدون بالبلوغ الطبيعى فقط .

(١) انظر شمار الحضر م ٧٥

(٢) فزواج المجنون لا يجوز عند الرابانيين حتى فى فترة الافاقة لأنه سبب لتحريم الزواج (انظر م ٤٧ من ابن شمعون) . وهذا ما يفهم بالنسبة للقرائين كذلك إذ يستلزمون التمييز بالنسبة لمن يثقل الزواج (م ٧١ شمار الحضر) ، ولهذا فزواج المجنون باطل لانعدام الرضا .

فبالنسبة للربانيين إذا كان السن اللائق للزواج هو ثمانى عشرة سنة ، فانه يصبح مع ذلك « بعد بلوغ الثلاثة عشرة سنة بالنسبة للرجل ، واثنتا عشرة سنة ونصف بالنسبة للزوجة ، وبحيث أن تثبت عاتقها ولو شمعتين » (مادة ٢٢ و ٢٣ من ابن شمعون) . فاذا بلغ الزوجان هذه السن ، كان لهما أن يتزوجا دون حاجة إلى موافقة من لهم الولاية أو السلطة عليهما (م ٣٤) ^(١) .

وعند القرائين يكون البلوغ بالنسبة للمرأة بتلون الحلمة وإنبات العانة . أما بلوغ الرجل فيعرف كذلك بالانبات والاحتلام ^(٢) .

فاذا بلغ الشخص سن الزواج لدى الربانيين كان له أن يزوج نفسه بنفسه كما يجوز له أن يوكل غيره في التقديس إذا منعه مانع من الحضور ^(٣) . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين ، مع مراعاة أن الفريقين يريان أفضلية تولى الرجل عقده بنفسه ، وبأفضلية تولى المرأة عقدها بنفسها ^(٤) ، أى أن الانابة غير ممنوعة ^(٥) .

(١) هذا هو الحكم لدى الربانيين ، أما عند القرائين فان المسألة تختلف فيها بالنسبة للبنت البالغة كما سنرى في البند التالى .

(٢) شمار الحضر ص ٧٣ . وينتقد صاحب الشمار مذهب الربانيين في تقدير البلوغ بسن ١٣ و ١٢ وهـ على أساس أن هذا كثيراً ما لا يتفق مع الواقع ، فضلاً عن أنه غير ما فى الكتاب (٣) مادة ٦٢ من ابن شمعون .

(٤) وهذا يبنى أن لها أن تنيب عنها من يزوجها .

(٥) والوكيل كالاميل ، كذلك وكيل الوكيل إذا كان مأذوناً بالانابة (انظر ص ٧٦

من شمار الحضر) .

ويقول صاحب الشمار : « جرى القوم في الشرق على الانابة ولو كان المتعاقدان من بلد واحد أو كان الفتاة أب . أما في الغرب فالفتاة تنيب من نفسها أباًها أو أحد أقربائها ، وهو مستحب ، ولكنها وقت عقد الزواج تحضر بنفسها خلافاً لأهل الشرق فانها تنيب أيضاً (وقد جاء بالهامش أن الفتاة تحضر دائماً وقت الزواج سواء لدى القرائين أم لدى الربانيين - ص ٧٧ شمار الحضر) .

وإذا تم الزواج عن طريق الوكالة ، فإنه يلزم أن تتوافر في الوكيل شروط معينة فلا يجوز أن يكون « أجنبياً ولا عبداً ولا أصم ولا ممتوها ولا صغيراً » كما يلزم أن يكون التوكيل ثابتاً بشهود من الملة . وأن يكشف الوكيل عن صفته وقت العقد ^(١) .

١٢٦ مكرر (٢) - موافقة الأولياء على الزواج - ولاية الاجساد : رأينا أن بلوغ الطرفين سن الزواج يجعل لهما أن يتزوجا بنفسيهما أو عن طريق من ينوب عنهما . وإذا كان هذا مسلماً به لدى الرائيين بالنسبة للطرفين ، فإن زواج البنت البالغة لدى القرائين على هذا النحو محل خلاف ، والراجع هو ضرورة رضا أبيها إذا كان موجوداً ، فإذا لم يؤخذ رضاه كان له إبطال زواجها ^(٣) .

(١) أنظر المادة ٦٣ من ابن شمعون وشار الحضر ص ٧٦ .

هذا وقد بين شار الحضر حالة ما إذا نكح الرجل أو الأب أو المرأة بمحضرة شهود قبل تمام العقد ، فإن العقد يمتنع في هذه الحالة ، سواء كان المضور بالقدات أم نيابة . أما إذا كان النكح بعد تمام العقد فلا تأثير له . ولذا وجب عند النكح في حال التوكيل إثبات النكح المذكور وإثبات وقته والاشهاد عليه ، حتى إذا سبق النكح العقد كان كأن لم يكن (ص ٧٦) .

كما عرض كذلك لحالة اختلاف محل إقامة المتعاقدين ، بأن كان كل منهما في بلد ، وأنانا عن نفسيهما ، وجب على بيت الشرع المباشر للعقد في إحدى الجبهتين إخبار بيت شرع الجبة الأخرى بالعقد لعلم به هناك أيضاً (ص ٧٧ شار الحضر)

(٢) وتنص المادة ٢٤ من ابن شمعون عن أنه « لا ولاية ولا سلطة على العاقدين في حال بلوغهما سن الرشد المنوه عنه في المادة ٢٣ » (وهي سن ١٤ سنة للذكر و ١٢ للإناث) . ويختلف القراءون عن الرائيين في زواج البنت البالغة . فقد ثار الخلاف عندهم بالنسبة لزواجها وهل يلزم رضاها ورضى أبيها ، فمنهم من قال إنها إذا بلغت يملق بها وحدها . ومنهم من قال بأبيها دونها ، ومنهم من قال بها جميعاً (ص ٧١ من شار الحضر) . ويرجع صاحب الشعار أن البالغة لا يصح عقدها إلا برضاها ورضى أبيها أيضاً معاً ، ولا تستقل برضاها إلا إذا تزلزلت أو طلقت (ص ٧١ اشمار الحضر ، وانظر أيضاً ص ٧٣) . وإذا ما عقد على البالغة بدون =

لكن ما الحكم إذا لم يكن الطرفان بالغين بأن كانا لم يصلا إلى السن التي حددها الرباينون^(١) ، أو لم يبلغا بلوغا طبيعياً لدى القرائين ؟

بالنسبة للصغيرة يجوز زواجها بولاية أبيها متى أراد ، أو متى أرادت أمها أو أحد إخوتها إذا كانت يتيمة ورضيت (م ٢٤ من ابن شمعون) . ومعنى هذا أنه إذا قام الأب بتزويج الصغيرة يصبح زواجها ، حتى ولو لم يتحقق رضاها بالزواج ، وهذه هي ولاية الاجبار^(٢) . أما إذا كانت يتيمة فان ولاية الاجبار لا تتحقق ، وإنما يتعين رضاها إلى جانب رضا من يزوجها ، حتى يقع الزواج صحيحاً . فإذا زوجها أمها ، أو أحد إخوتها كان لها فسخ العقد^(٣) .

هذا لدى الرباينين بالنسبة للصغيرة متى كانت بكرًا ، أى متى لم تكن قد تزوجت من قبل . فإذا كانت قد تزوجت ثم طلقت أو توفي زوجها ، انقضت ولاية الأب في تزويجها ، ولو كانت صغيرة لم تبلغ سن الزواج (م ٢٦ من ابن

= رضى أبيها فانها تد بمنزلة المختال عليها ويكون لأبيها إبطال عقدها . وعلى الزوج أن يطلق وإذا امتنع ألزمه الشرع بالطلاق وغرمه غرم المفري ، فهو كالسارق يهر به من أبيها . ولا يكتفى بعدم رضى الأب ، بل لا بد أن يكون لابطائه سبب مقبول كعدم الكفاءة أو عدم المهر أو قلته أو العداوة المستعكة ، وما أشبه ، ص ٧٣ ، شمار الحضر ، والمهامش)

فإذا لم يكن لبانته أب كان أمرها إلى نفسها تتزوج بمن شامت وتقبل طلاق نفسها .

(١) مع مراعاة أنه بالنسبة للبنات عديم لا يكتفى بلوغ السن (١٢٥) ، بل يلزم إلى جانب ذلك أن تثبت عانتها ..

(٢) وطالما كان الزواج صحيحاً ، فانه ينقضى بالطلاق لا بالنسخ ، إذ تنص المادة ٢٥ من ابن شمعون على أن « الصغيرة المتزوجة بولاية أبيها لا ينقض عقدها إلا بالطلاق » ولو ادعت أن زواجها بغير قبولها « .

(٣) أنظر في وقوع النسخ من الصغيرة ، وصحته ، وإلى أى وقت يجوز ، وآثاره ، المادة ٢٨ - ٣٢ من ابن شمعون .

شعمون) . وبذلك تنتهى الولاية ولو قبل البلوغ بالنسبة للثيب . ويكون لها أن تزوج نفسها ، ويقع زواجها صحيحاً دون موافقة الولى .

أما عند القرائين فإن الوضع يختلف ؛ ذلك أنه إذا كان للأب أن يزوج الصغيرة إلى من يراه كفواً لزواجها ، أى أن له ولاية الاجبار عليها ، فإن ولايته عليها تستمر ، ويكون له أن يحدد زواجها ، كما يقبل طلاقها . فالترمل أو الطلاق لا يؤدي إلى استئلال البنت بمقد زواجها ، ويقع زواجها دون رضا الأب باطلاً^(١) .

وبالنسبة للصغير ، لم تعرض النصوص تفصيلاً لزواجه ، كما فعلت بالنسبة للصغيرة . ويبدو أنه إذا بلغ السن التى ترتفع فيها ولاية التزويج ، فلا ولاية عليه لأحد . أما قبل ذلك ، فإنه إذا تزوج ، لا يصح زواجه ، ويكون له أن يفسخ الزواج ، ما لم تظهر موافقته على الزواج بعد الرشد ، ولو ضمناً بمباشرة

(١) فالصغيرة ذات الأب أمرها فى يده يزوجها ويقبل طلاقها ، بل إنه إذا مات لا تطلق حتى تبلغ ، إذ أن الطلاق يكون بتسليم وثيقة إليها ، فيجب أن تكون مميزة ، ولذلك فإن الأب يقبل الطلاق عنها قياساً على ماله من ولاية تزويجها . فإذا لم يكن لها أب انتظر حتى تبلغ فتتزوج ضرورة كونها قاصراً لا قبول لها ، فإذا استقلت فى العقد أو عقده لها أقاربها كان العقد باطلاً واعتبر كأن لم يكن ، ولا تترب عليه حرمة المصاهرة . ومع ذلك فمن المتبع الآن أن يمتد لها أقاربها لإخوتها أو أمها ، ولو أن المقد مريض لبطلان (قابل للطلاق) لا تنفاه ولا يثبم عليها شرعاً ، ولأنه قد لا يميز عند البلوغ . ولهذا فمن الواجب تحليف أقاربها عند العقد أن يسلموا على نفاذه ... فإذا أجازته وهى بالغ ، فلا حاجة إلى عقد جديد ، إذ هى معقود عليها من قبل (أنظر شار الحضر ص ٧٩ - ٧٢) .

ومع ذلك فإن من المتفق عليه ، سواء لدى القرائين أم لدى الرابطين ، أن من الأئليق تسوف عقد الصغيرة البتمة إلى ما بعد البلوغ (ص ٧٢ شار) ، وتنس المادة ٣٧ من ابن شعمون على أنه « يجبل بالسلطة الشرعية أن تمتع زواج الصغيرة تمخاضاً من التفسخ فيما بعد » .

زوجته؛ وفي هذه الحالة يكون له أن ينهى الزواج بالطلاق . لا بالفسخ^(١) .
وهذا عند الرابنين .

وعند القرائين ، لا يستقل بزواجه إلا إذا بلغ ، وقبل ذلك يقع زواجه باطلا^(٢) .

١٢٦ مكرز (٣) - عيوب الرضا : لم تعالج الشريعة اليهودية عيوب الرضا كما عالجها المسيحيون ، بطريقة مباشرة ، وإن كان هناك من النصوص ما يفهم منه أنه يلزم أن يقوم هذا الرضا سليما ، مع مراعاة الصور التي يتم فيها الزواج ولو دون موافقة الزوجة ، في حالة ولاية الاجار .

أما بالنسبة للغلط فالأصل عندهم أنه لا يدخل في الاعتبار ، وإذا ما تم فإن للزوج الآخر أن يلجأ إلى الطلاق . ويمكننا أن نفرق هنا بين الغلط في الشخص ، والغلط في الصفة .

أما بالنسبة للغلط في الشخص نفسه فانه لا شك يبطل الزواج^(٣) ، وذلك خلافا للغلط في الصفة . ذلك أن العلماء يهتمون بمعرفة حالة المتعاقدين قبل

(١) أنظر المادة ٣٣ من ابن شمعون حيث تنص على أن « الناصر لا يطلق بل يفسخ ، وإنما هو يطلق إذا رشد واختلى بزوجه » . كما تنص المادة ٥٩ على أن « التقديس من الصغير غير معتبر شرعا » .

(٢) وقد جاء في شعار الحضر أنه « أجمع العلماء على أن قبول الرجل معه بلوغه وأن الصغير مقدمه لنوكان لم يكن » (ص ٧١) . ولا يبين من هذا ما إذا كان يصح زواجه بموافقة الولي أم لا .

(٣) وقد جاء في شعار الحضر أنه « إذا عقد لها الوكيل على فلان وهي تتصد علانا وصدها

الزواج من حيث السن والنسب والعشيرة ، وذلك بقدر الامكان ^(١) » فأما سنا فلكيلا يبنى عجوز بصبية أو صبي بعجوز ، فقد فهم العلماء من قوله « لا تعرض بنتك للزنى » ، جواز أن يكون إعطاء الصبية للعجوز مدعاة لزناها ^(٢) . وأما نسبا فلكيلا يجمع إلا بين ذوى الحسب والنسب . وقالوا (العلماء) يرخص على الرجل كل عزيز عنده ليمهر بنت العالم .. وأما عشيرة فلكيلا يجمع بين الحسيس وساقط الأخلاق من المتعاقدين . وقالوا ما أكثر أن تهجى الذرية للأخوال ... كما اهتموا كذلك بضرورة رؤية المرأة قبل الزواج ، ويمجلون من عقد الرجل على الزوجة من غير أن يراها أمراً مكروهاً ^(٣) . وكل هذا قصد من ورائه ألا يكون على العقد مطعن إذا ما تم لزواج .

ومن بعض صور الغلط ما يؤدي إلى الطلاق ، وذلك كما في حالة الغلط في البكارة وهو ما نص عليه بالنسبة للربانيين والقرائين ^(٤) . وهذا هو الحكم أيضا في حالة ما إذا تزوجها على أنها سليمة فإذا بها مصيبة بحيث لا تصلح للرجال أو للمعاشرة ^(٥) .

(١) وهذا ما أورده شمار الحضر ص ٧٧ .

(٢) وقد جاءت المادة ٣١ من ابن شمعون بالنسبة للربانيين في هذا المعنى تنص على أن زواج الشيخ بصبية وزواج العجوز بصبي زواج مكروه .

(٣) المادة ٢٠ من ابن شمعون .

(٤) تنص المادة ١٥٢ من ابن شمعون على أن « ظهور عدم البكارة يبيع للرجل الطلاق » وعليه رد ما في المقدم من الحقوق مخصوصا منها قبة المهر الشرعي بعد حاتف الزوجة اليقين بأنها لم تعرف رجلا قبل زواجها » . و « إذا أثبت أنها تصرفت في بكارتها أو هي أفترت بذلك أو ابت أن تحلف اليقين فلا حق لها إلا في ما دخلت به » (م ١٥٣) . وانظر كذلك شمار الحضر ص ١٢٢ - ١٢٤

(٥) انظر المادة ١٥٨ وما بعدها ، وكذلك المادة ٢٠٦ و ٢٠٧ من ابن شمعون ، وكذلك ص ١٢٦ من شمار الحضر .

على أن الصفة قد تكون شرطا في العقد . وفي هذه الحالة يختلف الحكم لدى القرائين عنه لدى الربانيين . فمقد القرائين إذا كانت الصفة شرطا في العقد لا يعتد بها وينفذ العقد حتى ولو تخلفت الصفة المشترطة ، كما إذا كان العقد « بشرط أنه كاهن وهو لاوى ، أو موسر وهو قصير ، أو شريف وهو ابن حرام » . هذه الشروط وما يماثلها لا يعتد بها عند القرائين ، خلافا للربانيين إذ عندهم أنه « إذا اختلف الشرط المتقدم امتنع العقد » . وهذا هو الحكم إذا كان الشرط محله المرأة « كاشتراط كونها كاهنة وهي امراييلية ، أو موسرة وهي قصيرة »^(١) .

أما بالنسبة للأكرام ، فلم يرد تنظيم له وإن كان من المفهوم أنه يلزم أن يوجد الرضا بالزواج . فإذا كان الأكرام معدما للإرادة ، لا يتوافر الرضا . وقد ورد بشأن المنصبة أنه يلزم قبولها ، فلا تكراه على الزواج بمن اغتصبها ، إذ القبول والرضا شرط لا بد منه . وقد جاء في شعار الحضر « وكأ أن المرأة تعقد برضاها فكذلك الرجل يقعد برضاه لا أنه عاقد مرغم دونها ، كما هو قول إخواننا (الربانيين) ، فإن إزام الشرع إياه بها والحال هذه إن شامت إنما هو من باب ملافاة ما وقع منه . ولذا منع من طلاقها »^(٢) .

(١) شعار الحضر ، ص ٧٨ - ٧٩ .

(٢) شعار الحضر ص ٧٠ وانظر ابن شمعون م ٤١٤ حيث نص على أنه « إذا طلب من الفاعل هنا عنده على البنت لزمته شرعا إذا كانت حلاله ولو كانت ممية ، ولها منع الطلاق إلا إذا زنت » و « إذا لم يتتل الفاعل . . جوزى بالحرمان الشرعى حتى يتتل أو يراضى فلبت وأهلها » (م ٤١٥) .

ثانيا : عدم وجود مانع من موانع الزواج

١٢٦ مكر (٤) - محمد : يمكن تقسيم الموانع في الشريعة اليهودية ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة المسيحية إلى قسمين متنوعة ، فمنها ما هو مؤبد دائم ومنها ما هو مؤقت ، ومنها ما هو مطلق ، ومنها ما هو نسبي . ولكن الموانع هنا مبطله ، خلافا للشريعة المسيحية ، إذ رأينا أن من الموانع ما هو مبطل ومنها ما هو محرم . وستقسم دراستنا للموانع إلى طائفتين رئيسيتين ، كما فعلنا في دراستنا للموانع في الشريعة المسيحية ، موانع مطلقة وموانع نسبية . ويدخل تحت النوع الأول مانع السن ، ومانع العجز الجنسي والجنون ، والزواج السابق والعدة .

أما النوع الثاني فيدخل تحته مانع القرابة ، ومانع الجريمة ومانع اختلاف الدين ، والزواج من المطلقة بعد عقد النكاح عليها ، ثم نعرض بعد ذلك لممنوعات الكاهن ، وحيض المرأة .

الطائفة الأولى : الموانع المطلقة

١٢٦ مكر (٥) - السن : رأينا فيما سبق أنه يجب أن يتوافر في الزوجين شرط السن ، بأن يكونا بالبنين . والبلوغ المقصود في هذه الحالة يختلف عند الربانيين عنه بالنسبة للقرايين . فإذا كان يتحدد على أساس بلوغ سن معينة لدى الربانيين فضلا عن استزام بالبلوغ الطبيعي بالنسبة للبنات ، فإنه يتحدد لدى القرايين بالبلوغ الطبيعي . فعدم البلوغ إذن مانع من الزواج . وقد رأينا أنه من الناحية العملية ، يلزم بلوغ الزوج سن ١٨ والزوجة سن ١٦ سنة حتى يمكن أن يتم توثيق الزواج ، وإن كان الزواج يصح قبل بلوغ هذه السن من الناحية الدينية متى بلغ الزوجان طبقا لما تقضى به الشريعة الدينية .

١٢٦ مكره (٦) - (٢) الرض - العجز الجنسي : يعتبر العجز الجنسي مانا من الزواج في الشريعة اليهودية ويسرى ما قلناه بالنسبة للشريعة المسيحية هنا أيضا ، وبصفة خاصة من حيث التعريف بالعجز الجنسي وشروطه ، مع مراعاة ما تتميز به الشريعة اليهودية في هذا الخصوص ، إذ ينصرف العجز الجنسي عندهم إلى العجز لدى الرجل فقط .

وتنص المادة ٤٥ من ابن شمعون على أنه « يحرم الزوج بمن كان مريض الخصى أو مخصيها كليهما أو إحداها ، أو محبوب الاحليل »^(١) . فالعجز الجنسي هنا ينصرف إلى العجز لدى الرجل ويقتضى المنع موجوداً متى قام سبب من الأسباب المذكورة وقت العقد ، وهو يعد كذلك حتى ولو كانت العاهة طارئة ، سواء كانت من فعل إنسان أو بسبب حيوان أو شيء من الأشياء وإذا كانت العاهة خلقة أو عن مرض فلا منع . وهذا خلافا للقوانين إذ الفرض هو منع مصاهرة المقيم^(٢) .

وجاء بالنسبة للقوانين إن « الموجوء والمحبوب » منوعان شرعا ، ضرورة أن لا نسل لهما : فإن الأول كالخصي لا ماء له ولو أنظ ، والثاني مجرد من العضو المعلوم أو من سبيل النسل ، فإن النسل يمتنع إما بالعضو وإما بالانثيين وإما بسبيل البذر التاسلي المعروفين بالحيلين . فإذا وجئا أو قطعاً صار الرجل عتينا . ولهذا إذا كان الرجل مصابا بشيء من ذلك وأثبت الطب تأثيره على التاسل ، منع^(٣) .

(١) أنظر في تفصيل العجز لدى الرابانيين ما جاء بشمار الحضر ١٠٦ - ١٠٧ .

(٢) شمار الحضر ص ١٠٧ ويبدو أن القوانين يمتنعون المقيم مانا ، بخلاف الرابانيين الذين يمتنعون المقيم خلقة أو مرضاً ولا يمتنعون هذه (شمار الحضر ص ١٠٧)

(٣) شمار الحضر ص ١٠٦

هذا بالنسبة للعجز الجنسي . أما الامراض الأخرى ، فهي لا تعتبر من موانع الزواج في الشريعة اليهودية ، مع مراعاة أن المجنون يعتبر مانعا من الزواج ، إذ يلزم لقيام الزواج إلى جانب البلوغ ، العقل ، ولا يجيز اليهود زواج المجنون حتى في فترة إفاقة^(١) .

١٢٦ مكر (٧) - (٣) الزواج السابق : لا يعتبر الارتباط بزواج سابق قائم مانعا للرجل من التزوج ثانية في الشريعة اليهودية خلافا للمسيحية ، إذ تبيح اليهودية تعدد الزوجات ، وخاصة متى كان في سعة من العيش وأمكنه العدل بينهما ، وكان لذلك مسوغ شرعي^(٢) .

وإذا كان التعدد مباحا في الشريعة اليهودية فانه غير مرغوب فيه^(٣) ، بل

(١) وتنص المادة ٤٧ من ابن شمعون على أن « المجنون المطبق في أحد الاتين مانع من الزواج ، وإلا كان باطلا » . كما أن اليهود يستلزمون التمييز لقبول الزواج والرضا به ، والتمييز يقتضى العقل . (ص ٧١ شمار) . ولا يختلف القرامون من الربانيين بالنسبة لهذا المانع .

(٢) هذا ما نصت عليه المادة ٥٥ من ابن شمعون . وهو أيضاً ما يقول به القرامون إذ يلزم صدم عند إمكان العدل بين الزوجات وعدم الاضرار بالاقبال على الواحدة والاعراض عن الأخرى (ص ٨٣ شمار الحضر) .

ومن المسوغات لتزوج بأخرى حالة ما إذا كانت الأولى عتيقا (أنظر المادة ١٦٤ من ابن شمعون . وانظر كذلك ص ٨٤ من شمار الحضر) . ومن المسوغات كذلك جنون الزوجة الأولى (أنظر المادة ١٣٢ وكذلك المادة ٣٣٣) .

(٣) وتنص المادة ٥٤ من ابن شمعون على أنه « لا ينبغي للرجل أن يكون له أكثر من زوجة » وعليه أن يحلف يمينا على هذا حين العقد ، وإن كان لا حجر ولا حصر في متن التوراة . والواقع أنه إذا حلف الزوج على هذا وحنت في يمينه ، صبح زواجه الثاني ، وإن لزمته الحرمة الدينية ، لأن حقوق الزوجين لا تقبل التعديل بالاتفاق ولو عززت باليمين (أنظر جيل الشراوى طبعة ١٩٦٠/٥٩ ص ١٨٢ بهامش ٢) لوروده ضمن المحارم .

إنه في بعض الأحيان يلزم للزوج بأخرى طلاق الأولى^(١)، أو قبولها^(٢).

وقد بين شعار الحضر بالنسبة للتراثين أن التمدد بين الزوجات يصح بأربع ، حتى ولو كانت ميسرة الرجل تسمح بأكثر من ذلك^(٣).

أما بالنسبة للمرأة فإن ارتباطها بزواج قائم يعتبر مانعا من الزواج . إذ لا يصح « المقد على امرأة غير خالية أو غير ثابت طلاقها شرعا أو وفاة زوجها » . أى لا بد من أن تنقضى رابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة ، سواء كانت الوفاة حقيقية أم حكمية على نحو ما بينا بالنسبة للمسيحيين^(٤) .

وقد عرض شعار الحضر بالنسبة للمرأة لحالة ما إذا عقدت زواجا ثانيا أثناء قيام زواجها الأول و فرق بين المقد والدخول . فإذا عقد عليها فقط دون أن تدخل إلى الثاني ، كان عقدها الثاني باطلا واعتبر كأن لم يكن ، ومعنى هذا أنها تظل لزوجها الأول . أما إذا دخل بها الثاني ، فإنها تحرم على « الاثنين إلى الأبد » ، فيطلقها الأول ، ثم تحمل لغيرها « . وهي تحرم على الثاني في هذه الحالة نظراً لأن زواجها به كان باطلا من أصله لقيام مانع وهو الزواج الأول^(٥) .

(١) وتنس المادة ١٧٦ من ابن شمعون على أنه « لا يجوز للرجل التزوج على زوجته الكلمة قبل طلاقها شرعا » .

(٢) أنظر المادة ١٦٤ من ابن شمعون .

(٣) وهو ما يقره القراون والربانيون (أنظر ص ٨٣ شعار الحضر) .

(٤) أنظر ص ٣٥ من ابن شمعون وكذلك ص ٨٥ شعار حيث جاء « إذا عقد وهاجر ، ولم يرد خبر وفاته فلا تحمل لغيره ، ما لم تطلق أو تتحقق الوفاة » ، وكيفية تثبت في شهادة الخلو » .

(٥) وقد مرصت المادة ٣٧٥ من ابن شمعون لحالة ما إذا كان هناك عمل لتجديد الطلاق (انظر المواد ٣٧٢-٣٧٤) وقبل أن يحصل هذا التجديد ، تقدست المرأة على شخص آخر ، فتصير بذلك محرمة على الاثنين ، ويجب التجديد (تجديد الطلاق) من الأول والطلاق من الثاني .

ولذلك لم ينص على طلاقها من الثاني . وهذا هو مارجحه صاحب الشعار (١) .

١٢٦ مكرر (٨) - (٤) مانع العدة : إذا ما انقضت الرابطة الزوجية لأي

سبب من الأسباب كان على المرأة الانتظار فترة معينة ، هي فترة العدة ، كما قدمنا بالنسبة للمسيحيين ، حتى تتحقق بذلك براءة الرحم ، منعا لاختلاط الأنساب (٣) . فالمنع من الزواج يكون خلال فترة العدة ، وهو من النظام العام ، مما يدعو إلى العمل بحكمه سواء لدى الرابانيين أم لدى القرائين . وهذا على ما يبدو - من المسائل المتفق عليها بينهم . وقد أوردت القواعد الخاصة بالرابانيين تفصيلات في هذا الموضوع ، خلافا للقرائين . إذ نصت المادة ٤٩ عندهم على أن « المخلقة أو الأرملة لا يجوز العقد عليها قبل انقضاء عدتها اثنين وتسعين يوما ، يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ، صبية كانت أو مسنة ومقيمة مع زوجها ، أو بمنزل عنه ، حتى ولو لم يدخل عليها » (٣) .

(١) أنظر ص ٨٤ . وانظر تفصيلا لهذا الموضوع في ص ٨٤ وما بعدها من شمار الحضر ، تحت عنوان « امرأة الرجل » . وانظر بصفة عامة بالنسبة لمن لا ينفذ من عقد ص ٧٩ وما بعدها من الشعار .

(٢) ولهذا الاعتبار لا يجب العدة على المرأة إذا ما طلقها الرجل ثم عاد إليها بمقدمه عليها ثانية (م ٢٨١ من ابن شمعون) .

(٣) وواضح أن العدة ترتبط بانقضاء الزوجية حتى ولو لم يحصل اتصال أو دخول ، وهذا خلافا للمسيحيين الذين يجيزون إنقاص مدة العدة متى ثبت بصفة فاطمة أن الزوج لم يباشر زوجته منذ عشرة شهور (أنظر ما سبق رقم ١١٥ مكرر) - وانظر كذلك المادة ٢٧٧ من ابن شمعون حيث تنص على ضرورة العدة « في جميع الأحوال : حتى لو لم يكن غير التقديس أو كان الرجل عتيبا أو مجبوبا أو مريضا أو غائبا أو مسجوناً أو كانت الزوجة صغيرة أو عاقراً أو عجوزاً » .

هذا وتنص المادة ٢٧٦ على أنه « لا يجوز العقد على المخلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها الشرعية تسعين يوما لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولا يوم المقد » . ولتوثيق =

أما بالنسبة للحامل وأم الرضيع ، فإنه يجب عليها العدة كذلك . فإذا كان المطلقة والأرملة حاملًا ، لا يجوز المقد عليها قبل الوضع ، أو قبل بلوغ الرضيع سنتين كاملتين والمقصود من هذا رعاية مصلحة الصغير ^(١) .

هذا وهن الشريعة اليهودية بمنع الرجل من الزواج إذا توفيت زوجته « قبل فوات ثلاثة أعياد لا يحسب منها عيد الاستغفار ولا عيد رأس السنة » ، ما لم تر السلطة الشرعية غير ذلك ، « إذا وجدت ضرورة للتعجيل وعدم الانتظار » ^(٢) .

الطائفة الثانية

الموانع النسبية وغيرها من الموانع الأخرى

١٢٦ مكرر (٩) - (١) : القرواية : عرضنا فيما سبق مانع القرواية لدى المسيحيين ، وما قلناه في هذا الخصوص بالنسبة للحكمة من هذا المانع يمكن أن يقال به هنا أيضًا . مع مراعاة أن ما يبناء من الأنواع المختلفة للقرواية لا يؤخذ به لدى اليهود ، وإنما يقتصر مانع القرواية هنا على الموانع الناشئة عن النسب والمصاهرة . كما يراعى في صدد هذا المانع بصفة عامة لدى اليهود أن القرائين يتوسمون فيه خلافاً

= بين هذا النص ونص المادة ٤٩ من جل مدة العدة ٩٠ يوماً كاملة يجب أن يراعى أنه يجب من ال ٩٢ يوماً المنصوص عليها في هذه الأخيرة يوم الوفاة أو الطلاق ويوم المقد .

ومدة الثلاثة أشهر هي مدة العدة عند القرائين كذلك (ص ١٠٤ شمار الحضر) .

(١) أنظر المادة ٥٠ و ٣٧٨ من ابن شمعون . ولهذا « إذا مات الصغير زالت العدة » .

كما « تنقضي العدة أيضاً في حياة الأب بالقطام أو برضاع الصغير من غير أمه ثلاثة أشهر ولم ترضه فيها أمه ، أو كانت لا ابن لها » (م ٣٧٩ و ٣٨٠ من ابن شمعون) . وواضح من النص الأخير أن العدة يجب أن تكون من طلاق والأب لا زال حياً . فإذا كانت أرملة ، طبق الحكم وظلت سنتين .

(٢) أنظر المادتين ٧١ و ٧٢ من ابن شمعون .

الربانيين ، نظراً لأن القرائن يستعملون القياس ، إنما الآخرون فيتمسكون
بالمفطوق وحده ولا يأخذون بالقياس^(١) . وهذا ما يدعوننا إلى الكلام عن
حالات التحريم بسبب القرابة لدى الربانيين ثم لدى القرائن .

في شريعة الربانيين لا يصح عقد الزواج مع وجود قرابة تحريم أو
حائض شرعي . وقرابة التحريم نوعان : « نوع لا ينقد فيه العقد ولا يحتاج إلى
حلاق ولا يمد الأولاد فيه شرعيين ، ونوع يكون العقد فيه باطلاً ويجبر الرجل
على الطلاق ولا يمد أولاده غير شرعيين^(٢) . ويلاحظ على هذين النوعين من
قرابة التحريم أنها لا يقومان على قاعدة معينة متسقة ، بل عددت محرمات كل
نوع دون ترابط ، مع الجمع بين قرابة النسب وقرابة المصاهرة .

(١) أنظر شمار الحضر ص ٢٩ - ٣٢ . وأنظر المادة ٤١ من ابن شمعون التي تنص
على « أنه لا قياس في المحرمات بنوعها » فمن مستثنيات حصراً طون أو سفن . وما عداهن
حلال » . وأنظر : مراد فرج : القراءون والربانوي ، السابق ، في المحارم ص ١١٨ - ١٢٢
وأنظر في مسالك التحريم : شمار الحضر ص ٣٤ - ٣٧
(٢) مادة ٣٧ و ٣٨ من ابن شمعون . وقد نصت المادتان ٣٩ و ٤٠ على المحرمات
من النوعين

ومحرمات النوع الأول من : الأم ، والبنت ، وبنت الابن ، وامرأة العم لأب ، وبنت
الزوجة ، وبنت بنتها وبنت ابنها ، والجد وأمه ، والأخت ، والعمة والحالة ، وامرأة الأب وامرأة
الابن ، وامرأة الأخ ، وأخت الزوجة . « مع مراعاة أنه يجوز التزوج بأخت الزوجة إذا
توفيت م ٤٤ » .

ومحرمات النوع الثاني من : الجدة وامرأة الجد وامرأة ابن الابن وامرأة ابن البنت
وبنت بنت الابن وبنت ابن الابن . وبنت بنت البنت ، وبنت ابن البنت ، وبنت بنت ابن
الزوجة ، وبنت بنت بنت الزوجة ، وجدة أبي الزوجة ، وجدة أم الزوجة ، وجدة الجد ،
وامرأة العم لأب ، وامرأة الحال .

وبراعى أنه « محرم التزوج بنير الشرعيين ذكوراً وإناثاً من محرمات النوع الأول .
فإذا حصل التزوج مع ذلك أسكره الزوجان على الطلاق . وإذا ولداً عد أولادهما أيضاً غير
شرعيين » م ٤٤ ابن شمعون .

في شريعة الفرائين : يحدد القراءون حالات التحريم من الآيات الواردة في هذا الشأن مع إضافة حالات أخرى قياساً على ما جاء بتلك الآيات ^(١) . وينتهي علماء القراءون إلى تحريم زواج الرجل بأصوله وفروعه ، وفروع أبويه وفروع أجداده إذا انفصلن عن الأصل بدرجة واحدة كالعمة والحالة .. وكذلك يحرمون الزواج من زوجات أصول الشخص وفروعه وأصول زوجته وفروعها . هذا إلى جانب أنهم يتوسمون في تحريم الزواج بسبب المصاهرة ^(٢) . وقد قسم القراءون المحرمات إلى فئات معينة عرضوا لها تحت عنوان مأخذ التحريم . ونعرض لها هنا بإيجاز :

١ - المأخذ الأول : حرمة الرجل على أقاربه الستة : أبيه وأمه ، وأخيه وأخته، وابنه وبنته ، وذلك استناداً إلى الكتاب والاجماع . والحرمة على الذكور معناها نساؤهم ، فيحرم على الرجل أن يتزوج بامرأة أبيه وامرأة أخيه وامرأة ابنه . وكما يرجع تحريم الرجل إلى امرأته يرجع أيضاً إلى مزيته مختارة كانت أم مكروهة ^(٣) .

٢ - المأخذ الثاني : حرمة الرجل على قريب قريبه : عمه ، عمة ، خاله ، خالته . بنت ابنه ، ابن ابنه ، بنت بنته ، ابن بنته ، بنت أخته . ابن أخته . ابن أخيه ، وبنت أخيه . وكل هؤلاء يقال لهم أقارب القريب . وحرقة الذكور محلها نساؤهم ، كما بينا في الوجه الأول ، ويالحق بهم مزياتهم ^(٤) .

(١) أنظر في الآيات الواردة في التحريم ونصوصها وشرحها ص ١٦-٢٩ من شعار المحقر.

(٢) أنظر جيل الشرقاوى ، (١٩٦٠/٥٩) ص ١٧١ وهامش ١

(٣) أنظر تفصيلاً لذلك : الشمار ص ٢٧ - ٢٨

(٤) أنظر تفصيلاً لهذا المأخذ : المرجع السابق ص ٣٨ - ٤٠

٣ - المأخذ الثالث : حرمة الرجل على القريين للنهي عن المرأة وبناتها
في الآية الحادية عشرة في الأصول والفروع والأجنحة ، كالمرأة وأباها أو أمها
أو أخاها أو أختها أو ابنها أو بنتها . والحرمة على الذكور محلها نساؤهم^(١) .

٤ - المأخذ الرابع : حرمة الرجل على الذات وقريب قريه ، كالمرأة وبنت
جنتها أو بنت أختها أو ابن ابنها أو أبا أبيها أو أم أمها أو بنت أخيها ، وبالجملة
أي ذات وقريب قريه في الأصول والفروع والأجنحة . والذكور مرجعهم
نساؤهم^(٢) .

٥ - المأخذ الخامس : حرمة القريين على القريين للنهي عن بنت امرأة
الأب في الآية الخامسة ، لأن الرجل وابنه قريان والمرأة وبناتها قريان . كذلك
الأخوان لأختين أو للأُم وبناتها أو الأختان لرجل وابنه . وبالجملة كل قريين
في الأصول والفروع والأجنحة^(٣) .

(١) وحرمة النسوة المذكورات في المأخذ الأول أي امرأة الأب وامرأة الأخ ... كما نجي من
جهة أزواجهن نجي أيضا من هنا تبعا لحرمة القريين على الذات ، كذلك الفرائر؛ ففسرة الأم
وضرة الأخت وضرة البنت محرم لأن الرجل وأمه أو أخته أو بنته قريان فيحرمان على الذات
والواحدة وهي الضرة . وتحريم المرأة على المرأة يرجع إلى زوجها . فإذا أخذ الرجل ضرة أمه
حرمت هذه عليها ، أي على زوجها كذلك ضرة الأخت أو البنت ... أنظر في هذا وفي الجداول
التي وضعت في شأن حرمة الرجل على زوجية أقاربه أو حرمة على أقارب زوجته ، أو حرمة
على أقارب زوجية زوجته - ارجع السابق ص ٤٠ - ٤١

(٢) ويراعي أن الرجل وعمه ذات وقريب قريه ، والمم مرجعة امرأته فهما يحرمان على
الذات الواحدة أي تلك المرأة . وفي المأخذ الرابع ثلاث جداول : الأولى حرمة الرجل على
زوجية أقارب أقاربه ، والثاني على أقارب أقارب زوجته ، والثالث على أقارب زوجية زوجته .
أنظر في هذا ص ٤١ - ٤٤ من الشارح .

(٣) أنظر في تفصيل هذا المأخذ ، ارجع السابق ص ٤٤ وما بعدها ، والجداول الواردة
في شأنه من حيث حرمة الرجل على أقارب زوجية أقاربه ، وحرمة على أقارب زوجية زوجية
أقاربه ، وحرمة على أقارب زوجية أقارب زوجته .

٦ - المآخذ السادس : حرمة القرين على الذات وقريب قريبه في الأصول والفروع دون الاجنحة ، أى الأصل والفرع فقط في الذات ، وقريب قريبه أما في القرين فالجنح أيضا^(١) . ومن هذا المآخذ يحرم على الرجل أقارب زوجية أقارب أقاربه ، ومرجع الذكور نساؤهم ، وعلى أقارب زوجية زوجية أقارب أقاربه ، وعلى أقارب زوجية أقاربه ، وعلى أقارب زوجية زوجية أقارب زوجيته . وعلى أقارب زوجية أقارب أقارب زوجيته^(٢) .

هذه هي المآخذ التي وضعت لبيان أوجه التحريم لذى القرائين ، سواء بنت القرابة نسبة أم مصاهرة . ويراعى أن المقد لا ينفذ في المحارم ، فلا يحتاج إلى الطلاق ، عدا المرأة على المرأة وكون تحرهما يرجع إلى زوجها ، وعذا المآخذ السادس أيضا برمه ، فان الطلاق في هاتين الحالتين لازم ضرورته كونهما محل خلاف بين المحققين^(٣) .

١٢٦ مكره (١٠) - (٢) مانع الجريمة - الزنا : يبدو من استعراض القواعد الخاصة باليهود ، بصفة عامة أنهم ينظرون إلى هذا المانع نظرة مغايرة للشريعة المسيحية ؛ إذ أن مانع الجريمة عندهم لا ينصرف إلى القتل ، وإنما فقط للمانع بسبب الزنا . وفرق هنا بين القواعد الخاصة بالربانيين ، وتلك الخاصة بالقرائين .

(١) أنظر في مبنى هذا المآخذ وتوضيحه ، المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) أنظر الجداول الواردة ص ٥٠ وما بعدها في هذا المبد . وأنظر ص ٤٨ وما بعدها بالهامش .

وأنظر بصفة عامة في كيفية البحث في الجداول التي أوردتها شمار الحضر ص ٥٩-٦١

(٣) شمار الحضر ص ٦١ .

شريعة الربانيين : إذا زنت المرأة ، فإنها تحرم على زوجها ، وعليه طلاقها^(١) ، وهذا لم يكن زناها اغتصابا^(٢) . وتحرم المرأة على زوجها كذلك ، إذا ثبت اختلاؤها بشخص آخر ومكثتا معه وقتا ما^(٣) . وإذا طلق الرجل زوجته لتهمة الزنا ، فإنها لا تجوز له بعد ذلك ، ويكون على السلطة الشرعية أن تخبره بأنها محرمة عليه أبدا^(٤) . هذا بالنسبة لتحريمها على زوجها

وتحرم المرأة كذلك على من اختلى أو زنى بها . فهي تحرم على من اختلت به ، وإذا عقد عليها كلف شرعاً بطلاقها^(٥) . كما تحرم على شريكها في الزنا الذي كان سبب طلاقها من زوجها بزناه معها^(٦) . بل إن الربانيين يحصلون للسلطة الشرعية منع زواج المطلقة ممن تسبب في طلاقها بصفة عامة تحريماً لها عليه^(٧) .

(١) أنظر المادة ١٨١ من شمعون . وفي هذه الحالة تحرم من حقوقها . وانظر في هذا المعنى كذلك المادة ١٨٦ ، وكذلك المادة ١٧٧ .

(٢) أنظر المادة ١٨٤ .

(٣) وتنص المادة ١٨٨ على أنه « إذا نهي الرجل امرأته عن أحد . وأنذرها بمحضرة شاهدين ، ثم ثبت اختلاؤها به ومكثتا معه وقتاً ما ، حرمت على زوجها ولاحق لها » . ويمكن أن يتحقق هذا حتى ولو لم يثبت الزنا شرعاً على وجه يقيني .

(٤) أنظر المادتين ٣٨٥ و ٣٧٧ .

(٥) المادة ١٩٠ .

(٦) م ٣٤٧ تنص على أنه « يكلف الرجل شرعاً بطلاق امرأته ولو زنت منه ، إذا كان هو السبب في طلاقها من غيره بزناه معها ، ولا يلزم بها لها من الحقوق » .

على أنه إذا كان متقدماً على من زنا بها « فاسداً شرعاً » إذا تزوجت بعد طلاقها لمة الزنا بمن زنى بها ، إلا أنها إذا ولدت فولودها لا يعد ابن زنا (م ٣١٦) .

(٧) وتنص المادة ٣٤٤ على أنه « لا يملك المطلق تحريم المرأة على أحد . فكل شرط في الطلاق من هذا القبيل باطل . وإنما للرجل عند الطلاق أن يخبر ممن تسبب فيه ، والسلطة الشرعية منع زواجه بالمطلقة تحريماً لها عليه » .

شريعة القرائين : عرض شعار الحضر للزانية وزواج المتعة ، كما عرض الحكم الزانية وتحريمها على زوجها وعلى من زنت به .

والزانية عندهم على نوعين : مبتذلة للكافة ، وهم يحرمون الزواج منها - كما يبدو - بصفة مطلقة^(١) ، والثانية الزوجة لأجل ، وزواجها باطل ، لأن زواج المتعة أشبه بالزنا أو المحالة . وهذا ما يرجحه صاحب الشارح ؛ ويرجع بطلانه إلى أنه مخالف أصلاً للقصد الشرعي من الزواج ، وهو ألا يكون لأجل^(٢) . فالمانع في هذه الحالة يكون من التزوج بالزانية المبتذلة للكافة ، ومن زواج المتعة لأنه أشبه بالزنا والمحالة^(٣) .

والزنا يحرم المرأة على زوجها الأول^(٤) . كما نصوا كذلك على أن « المزني بها تحرم على صاحبها إذا تزوجها آخر أو زنى بها »^(٥) .

(١) وقد جاء في الشارح أن « حرمتها من قبل الكتاب أبدية . لما ينشأ عنها من المفساد كالقتل وجبل النسب ، فقد يقع الرجل على بنته أو أمه وهو لا يدري » .

(٢) أنظر الشارح ص ١٠٩ وهامش ٢ من الصفحة نفسها و ص ١٠٢ .

(٣) فهو (زواج المتعة) « باطل شرعاً من أصله ، قطعاً ومننا لنوعه » (شارح ص ١٠٢ بالهامش) . أنظر كذلك المادة ١٣ من اللائحة الشرعية .

(٤) وهذا هو الحكم لدى الرابطين ، كما قدمنا . وهي تحرم عليه « ولو كان الأمر متناعين اشتباه ، كحرمة الزاني بها على أغارب الزاني تأثراً بالقتل » ، وإذا فرق الكتاب بين المشتبهة وغيرها فأنما هو بالنظر إليها وحدها . أما بالنظر إلى زوجها فالحكم هو هو ، إذ يمس غيره إياها تنجس عليه على كل حال » (١٠٣ شارح) .

(٥) ويشود التساؤل عما إذا كانت المتصود بكلمة « صاحبها » هنا هو زوجها أم صاحبها في الزنا ؟ والواقع أنه يمكن أن تنصرف إلى الاثنين مما . فإذا قلنا إنه زوجها كانت محرمة عليه إذا تزوجها آخر أو زنى بها . وهذا ما تؤيده النصوص إذ « الرجوع إلى المرأة بعد عقد النكاح عليها مصيبة » . . . (ص ١٠٤ وانظر كذلك ص ١٠٣) . وإذا قلنا إنه صاحبها في الزنا كانت محرمة عليه كذلك . وهذا ما يفهم مما ورد بشأن تحريم المرأة على زوجها وعلى من عقد عليها حال قيام زواجها الأول ودخل بها . والمحرمة هنا - كما قيل - مصدرها اقتضاء النسب =

١٢٦ مكر (١١) - (٣) مانع اختلاف الدين أو الملة : تعرض القواعد الخاصة بالربانيين لهذا المانع ، فتقرر أن « الدين والمذهب شرط لصحة العقد . فإذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر ، فلا يجوز العقد بينهما ، وإلا كان باطلا » (م ١٧) ومن هذا تبين أن اختلاف الدين يعتبر مانعا عندهم من الزواج ، كما يعتبر اختلاف المذهب ، مانعا كذلك ، فلا يصح عندهم الزواج بين الربانيين والقرائين ^(١) .

ولا يختلف الحكم بالنسبة للقرائين إلا في الحالة الأخيرة . فهم لا يجوزون الزواج مع اختلاف الدين ويحملونه باطلا لا يحتاج إلى طلاق ^(٢) . أما في حالة اختلاف المذهب فإن الزواج يصح ، فيصح أن ينمق بين الربانيين والقرائين ^(٣) وإن كان الأمر محل خلاف ^(٤) .

== " كتحريم الزنى بها على الزانى إذا عقد عليها آخر ودخل بها ، فإنه بدخول الثانى بها تد تجتبت بالنسبة إلى الأول فتحرم عليه " (م ٨٤ شمار) . وهو ما يفهم منه أن الزنى بها تحرم على الزانى إذا تزوجها آخر ودخل بها ، كما تحرم عليه من إياها أول إذا زنى بها آخر وهى فى هذه الحالة الأخيرة تكون كالبتذلة للكافة .

وتسمى المادة ٣٨٤ من ابن شمعون ، على أنه " إذا خالت المرأة رجلا ثم تزوجت بآخر مطلقا ، جاز لخليلها أن يقعد عليها " . وهم فى هذا يخالفون القرائين .

(١) أنظر فى شأن هذا التحريم : القرامون والربانوس ، لمрад فرج ، السابق ص ١٣٥ وس ١٥٥ . وانظر كذلك بالنسبة لربانيين ابن شمعون م ١٨ و ١٩ . وانظر بالنسبة للمرتد زوجها م ٣٢٣ .

(٢) أنظر بالنسبة لمن لا ينفذ عقده من ٧٩ - ٨١ وهم يطلقون على المختلفة فى الدين بالأجنبية (أنظر ص ٨٩ - ٩٠) وبالنسبة للمرتد زوجها أنظر ص ٨٨ - ٨٩ .

(٣) أنظر فى الدفاع عن هذا : مراد فرج : القرامون . والربانوس ص ١٦٠ - ١٦١ .

(٤) أنظر المرجع السابق ص ١٦٤ .

وانظر فى موقف القرائين من بعض الفئات الأخرى ، وهى ماوردت فى الشارح تحت عنوان " إناث وذكر آخر " فى حالة " السونى والمؤانى " (ص ٩٨ - ٩٩) و " الأرومى والمصرى " (ص ١٠٠) و " الجيمونيون " (ص ١٠٠) و " السامرة " (ص ١٠١) .

ومها يكن من أمر هذا المانع ، فانه يجرى في شأنه ما سبق أن بيناهم
بالنسبة للمسيحيين . وإعمال أحكام الشريعة الإسلامية في حالة اختلاف
الأفراد في الديانة والمذهب ^(١) :

١٢٦ مكرر (١٢) - (٤) المطلقة بعد زواجها بالغير : من الموانع النسبية
كذلك لدى اليهود حالة المرأة المطلقة إذا تزوجت بالغير بعد طلاقها ، إذ في
هذه الحالة تحرم على زوجها الأول ، نظراً لأنها تتجنب بس النير لها . أى
لا يجوز لزوجها الأول أن يرجع إليها بعد مسها ، أى بعد عقد الآخر عليها .
فإذا كان للرجل أن يعود إلى مطلقة بالعقد عليها ، إلا أنها تحرم عليه « إذا
تزوجت غيره أو قدست » ^(٢) . أى أنه لا يلزم لتحريم المرأة في هذه الحالة
دخول الزوج الجديد عليها ، وإنما يكفي العقد عليها . هذا عند الربانيين . وهو
ما يقول به القراءون كذلك . فالمعقود عليها كالمدخل بها ، حتى ولو كانت
خطبة ^(٣) .

١٢٦ مكرر (١٣) - (٥) حالات أخرى من الموانع : (١) تعريم للمرأة بسبب
دم الحيض : تنص المادة ١٥٥ بالنسبة للربانيين على أنه « إذا تكررت ثلاث مرات
متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليها ،
ووجب عليه تطليقها وليس عليه إلا ما دخلت به ، ولا يجوز عقده عليها ثانية » ومن

(١) انظر فيما سبق بند رقم ١٢٥ .

(٢) م ٢٨٢ من ابن شمعون . ولا يكفي في هذه الحالة أن تختل المطلقة بشير مطلقها
من غير عقد شرعي ، إذ في هذه الحالة يجوز لمطلقها الرجوع إليها (م ٢٨٣) .

(٣) مع مراعاة أن الخطبة عندهم مرحلة من مرحلتى الزواج ولا تنقضى إلا بالطلاق .
فإذا عقد على المرأة ، ولو خطبة ، ثم طلقت وعقد عليها آخر خطبة أيضاً وطلقتها
لا يجوز لصاحب العقد الأول أن يرجع إليها . انظر شطار الحضر ص ١٠٢ - ١٠٣ .

هذا يتبين أن ظهور دم الحيض على النحو المذكور يوجب تطليق المرأة ، وفي هذه الحالة يتمتع عليه أن يعقد عليها ثانية ، حتى ولو لم يعقد عليها شخص آخر .

ويبدو اتفاق القرائن والربانين حول هذا الموضوع ، وهم يفرقون بين العقد على الحائض والعقد على غيرها من المحرمات . وإذا كان العقد في هذه الحالة الأخيرة باطلاً كأن لم يكن نظراً لأن المحرم ليست محلاً للعقد ، فإنه عقد الحائض ينفذ^(١) . وإذا كانت الحائض قد ذكرت ضمن المحارم ، إلا أن المقصود بها حالها مع زوجها . على أنه إذا قيل إن العقد عليها يلزم تجديده بعد الطهر ، فليس المبني بطلان العقد الأول ، بل يبقى كما هو لا يزعه غير الطلاق^(٢) .

(ب) ممنوعات الكاهن : نصت المادة ٤٦ بالنسبة للربانين على أنه «يحرم على الكاهن التزوج بالطلقة منه أو من غيره ، وبالزانية»^(٣) . فإذا تزوج أجبر على الطلاق ، وإذا أعقب كان النسل خارجاً عن الكهنوت . والمرأة من هذا النسل لا تحمل للكاهن .

وينص القراءون على أن ممنوعات الكاهن ينفذ عقدهن ، وهن : الزانية والمبتذلة ، والطلقة والأرملة . ولكن أرملة الكاهن غير ممنوعة على الكاهن الثأنوى^(٤) .

(١) جاء في الشارح ص ٧٩ تحت عنوان « من لا ينفذ عقدهن » : « قال إخواننا (الربانيون) إن من عقد على محرم كان كأنه لم يفعل شيئاً لأنها ليست محلاً للعقد ، بخلافه الحائض فإن عقدها ينفذ . كذلك قال علماؤنا ... »

(٢) الشارح ص ٨٠ . والذي يلاحظ أن المنع هنا يكون بالنسبة لعقد الزواج وقت الحيض دليل أنهم يميزونه بعد الطهر . وانظر كذلك : مراد فرج : القراؤون والربانيون ، السابق ص ١١٧ .

(٣) بل إن « الزنا اختصاً بما يحرم الزوجة شرعاً على الكاهن » ويوجب طلاقها مع بقاء حقوقها « (م ١٨٥) من أنها لا تحرم في هذه الحالة على غير الكاهن (أنظر م ١٨٤) .

(٤) أنظر توضيحاً لهذا في شمار الخضر ص ١٠٥ - ١٠٦ .

ثالثاً : المهر — ر

١٢٦ مكره (١٤) - ضرورة المهر وأحكامه : انقسم اليهود حول المهر وأحكامه . وقد عرض القراءون لذلك بصورة أكثر تفصيلاً من الرابانيين الذين جاءت قواعدهم موجزة في هذا الشأن .

ويجمل القراءون من المهر ركناً من أركان المقد^(١) ، وهم يعرضون لذلك بصورة واضحة على خلاف الرابانيين ، وإن كان يبدو بالنسبة لهؤلاء الآخرين أنهم يوجبون أن يسمى المهر عند عقد الخطبة (م ١) ، فضلاً عن أنهم يتطلبون أن يكون أخذ المرأة بالموض ، ولو كان هذا الموض « بارة » أو ما يوازيها . وهو واجب على الزوج يلتزم به لزوجته في عقد الزواج ، ولو لم يأخذ منها شيئاً (م ٩٨ من ابن شمعون) .

وإذا كان المهر ركناً من أركان الزواج ، لأنه هو ما تقضى به المرأة ، فإن القرائين ينصون على أنه « يحرم الدخول بها قبل قبضها المهر ، كما يحرم تجاوزها عنه ، فتادياً من أن تضع نفسها موضع غير الزوجة الشرعية »^(٢) . فهو مقابل الملك . ويعرف عندهم بالمعجل أو المتقدم . أما المؤجل فهو ما يقابل المتقدم ، وهو واجب أيضاً وجوب المعجل ، وذلك بقصد الاحتباس من أن سهرن المرأة في عين الرجل فيطلقها ، أى أنه يقصد منه تشديد الطلاق ، فضلاً عن أنه يكون لها ذخراً إذا طلقت أو تزلمت^(٣) .

(١) ذلك أن أركان المقد عندهم هي : المهر ، والوثيقة ، والقبول (الملانية الشرعية) . خلا زواج عندهم بلا كتابة أو بلا مهر ، بل لابد من توافرها ما دائماً وأبداً (أنظر شعار الحضر ص ٦٢-٦٤) . وانظر في اعتبار المهر شرطاً لصحة الزواج لدى الرابانيين حكم النقض على ٢٧ يونيو ١٩٥٧ . مجموعة الكتب التي ص ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ض ٦٥٣ .

(٢) شعار الحضر ص ٦٧ .

(٣) شعار الحضر ص ٦٥ - ٦٦ .

وقد اختلف حول مقدار المهر . وتنص القواعد الخاصة بالربانيين على أن
« المهر الشرعي للبكر مائتا محبوب أو سبعة وثلاثون درهما فضة قية ، ولنير
البكر النصف غنية كانت أم فقيرة » (م ٩٩) . وقد اتفق صاحب الشارح
تحديد الربانيين لمقدار المهر^(١) . ولكن اختلف علماء القرائين أنفسهم حول تحديد
معياره^(٢) . ولكن صاحب الشارح يرجح أنه لا معيار له إلا عن طريق العرف
ومنزلة المتعاقدين . ولهذا لم تضع له التوراة حداً ، وأنه يجب على القائمين بالأمر
أن يقتنوا الرجل بالمهر اللائق بحسب عرف البلد ، وإلا امتنعوا من أن يعقدوا
له . ولكن من عقد بشاهدين وكان المهر ولو بارة أو ما يوازيه فالعقد صحيح .
وخلاصة القول عنده أن يكون العقد بما هو المتداول في البلدة من المسكوكات
أو بما يوازيه وإلما على القائمين بالأمر جعل العقد بالمهر المناسب . وهو ما ينووه
عنه في العقد بقوله « والمهر الذي قبلته وقدرته لها على نفسى هو مهر بكاريتها
المنصوص عليه في الكتاب أعطيه إليها حسبما تطلب »^(٣) .

وقد أوجب العلماء المؤجل من المهر كالمعجل ، فلا يعقد العقد بدونه ، بل
إنه يحرم الدخول بلا مؤجل ، فهو واجب . ويكون المؤخر كالمقدم للزوجة
نفسها ، دون أبيها أو أقاربها . ولكن المقدم يعطى إليها متى كانت بالغا . أما

(١) أنظر ص ٦٦ من المرجع السابق .

(٢) وقد جاء في المرجع السابق ص ٦٧ - ٦٨ حول تحديد معيار المهر أن العلماء قد
اختلفوا . « فبهم من رجع إليه في قوله بشأن المتتعبة » فيعطى لابن الفتاة خسين فضة «
قالوا فلولاً لأن له ميئارا ما كان لقوله « كهر البكرى » معنى ، فإن القياس إنما يكون بالمقيس
عليه . ومنهم من قال إن لا معيار له ، فلا يتأتى أن يكون مهر الوضعية كهر ذات الحساب . .
ومنهم من قال إن للمهر معياراً وبحسب درجة المتعاقدين وتراضيهما يتبل الزيادة ، أما التزول
عنه فلا يصح » وما قول الكتاب « كهر البكرى » لإكناية عن عدم جواز الخط منه ..

(٣) المرجع السابق ص ٦٧ .

إذا كانت قاصرة أعطى لأبيها ... ، وهو يكون من أموالها يورث عنها . أما المؤجل فوجبه عند الطلاق أو الوفاة ، فيكون للمرأة عوناً وذخراً ، وإذا ماتت فلا يرثه ورثتها كالمقدم^(١) .

هذا وقد ثبت في العقد المتقدم دون المؤجل : وقد يكون العكس . وقد ثبتت المؤجل والمعجل . ومع ذلك فإن صاحب الشعار يرى أنه يجب بيان المقدم في العقد مع الجهاز ، أى ما تدخل به العروس . ويعرف بمجملته بكلمة « كنوباه » . كما أنه يحسن بيان المؤجل . بل إنه يجب ذكره كذلك ، كما هو المتبع^(٢) .

شروط للهر وانواعه : وإذا كان لابد من المهر وأنه يحرم أن تتجاوز عنه المرأة ، كما يحرم على الرجل أن يدخل عليها بلا مهر ، فإنه يلزم أن يكون مما يجوز الاتماع به لا مما يحرم كالخمر في عيد الفصح وكالثور المرجوم وقرابين الشرك بالله وكل ما يتعلق بعبادة غير الواحد الأحد . كذلك لا يجوز أن يكون من الأشياء المقدسة كقرابين بيت المقدس وما يختص به ... ويقول العلماء في هذا الصدد إنه إذا كان المهر شيئاً من هذا عن جهالة ، فلا يضر بالعقد . أما إذا كان عن علم فباطل . كما يلزم كذلك ألا يكون المهر من سرقة أو خيانة

(١) وهذا عند القرائين . أما عند الربانيين فأنهم يورثونه . ويتخذ صاحب الشعار ذلك عندهم ، لأن الله في فرض المؤجل منع سهولة الطلاق وأن يكون لها عوناً عند التمرل فلا وجه لتوريثه (شمار الحضر ص ٦٨) .

(٢) أنظر شمار الحضر ص ٦٨ والهامش .

وإذا لم يثبت المؤجل في العقد ، كما فعل بعضهم ، فقد يقع الطلاق فيضيع . نعم إن بعض العلماء يرى إلزام الزوج أو ورثته به مع ذلك بحسب ما يناسب . ولكنه إهمال على كل حال يدعو إلى الاستهانة بالطلاق خلاف ما يقتضيه الشرع ، بل إنه يكاد يبد من المستحرمات . (المرجع نفسه ص ٦٨ - ٦٩) .

أو غصب أو لقطه ، وإلا كان العقد باطلا^(١) .

والمهر كما يصح أن يكون من العملة المتداولة . فانه يصح أن يكون عملا ، كخدمة سيدنا يعقوب حواء مقابل المهر ، وأن يكون ديناً إلى أجل ، ويصح أن يكون مقاصة فترا ذمة الرجل بقدر المهر . كما قد يجزأ المهر ، فينجز بعضه ويؤدى البعض الآخر هدايا فيما بعد شيئاً فشيئاً ، أو قد يؤدى كله هدايا ، وهى لا تخرج عن أن تكون مهراً ولو لم يحصل القنوان علناً^(٢) .

البحث الثانى

الشكل الدينى فى الزواج

١٢٦ مكر (١٥) - محمد : رأينا فيما سبق أنه لا يكتفى لقيام الزواج فى الشريعة المسيحية واليهودية أن توافر الشروط الموضوعية من حيث الرضا وعدم وجود مانع من الموانع ، ومن حيث استئزام المهر عند اليهود ، بل لابد كذلك من توافر شرط شكلى للانعقاد هو الشكل الدينى . وثير البحث فى هذا الموضوع الكلام عن الشكل الدينى ، وضرورته لانعقاد الزواج . ثم عن صلة هذا الشرط بقواعد توثيق عقود الزواج ، ثم عن الاجراءات التى تتخذ فى هذا الصدد لقيام الزواج . وتتكلم أولاً عن أحكام الشريعة المسيحية . ثم تتبعها بالكلام عن أحكام الشريعة اليهودية .

(١) ذلك لأن كون الشيء من الحرام ملك لصاحبه . ولهذا فاذا رد المولى إلى صاحبه وفقاً للشرع أو لم يتردد إلى صاحب القطة فالعقد صحيح (أنظر ص ٧٤ من الشمار) .

(٢) غير أنه قد يجعل بعضهم بالهدايا قبل القنوان وهى ليست من المهر ، فقال العلماء تمتد مع ذلك منه منعا من الشبهة ، فانها شرعاً بنية العقد على المرأة خلافاً لما ترسله هى إليه ، فهو لا مبرة به شرعاً .. (أنظر ص ٧٥ من شمار الحضر) .

المطلب الأول في الشريعة المسيحية

١٢٧ - ضرورة التشكل الديني وصورته : لكي ينقد الزواج المسيحي صحيحاً لا يكفي أن يرضى الطرفان بذلك وألا يقوم بينهما مانع من الموانع ، بل لابد إلى جانب ذلك من أن يتم الزواج في الشكل الديني المطلوب ، أى لابد من إتمامه في المراسم الدينية التي تستلزمها ديانة الزوجين مع ضرورة اتخاذ اللازم لإتمام ذلك بصورة علنية . فإذا لم يتوافر هذا الشكل الديني كان الزواج باطلاً بلا خلاف في ذلك بين الطوائف المسيحية جميعاً^(١).

وتتمثل الشكلية بصفة عامة في ضرورة أن يتم الرضا على يد أحد رجال الدين الذي يقوم بالصلاة والتبريك والتكليل وفقاً للطقوس الدينية المرسومة في هذا الصدد ، وأن يتم ذلك أمام الشهود حتى تتوافر العلانية اللازمة . هذه الإجراءات الدينية تعتبر لازمة لدى الكنائس المختلفة .

(١) على أن الانقضاء الديني للزواج لم يقرر لدى الكنائس كلها منذ البداية ، فقد كان الزواج لدى الكنيسة الكاثوليكية النرية رضائياً حتى المجمع المسمى بـ (Trento) في القرن السادس عشر . فبذ ذلك الحين أصبح الزواج لديهم عقداً شكلياً ، لابد فيه من حضور رجل الدين والشهود ، كما أصبح لا ينتج أثره بين المسيحيين من مجرد التراضي . ولقد جاء قرار المجمع في هذا الشأن لكي يتدارك ما كان هناك من مساوئ ومضار كثيراً ما كانت تنتج عن إتمام الزواج في الخفاء (Clandestinement) . أنظر في هذا الصدد : Fournier ، السابق ص ١٤٥ - ١٤٦ . هـ ناز ، السابق ص ٣٦٧ - ٣٦٨ . وأنظر بالنسبة لبطلان الزواج المقود في الخفاء واضيابه مانعاً كنائسياً : فيليب جلال ، السابق ، المادة ١٠٢ - ١٠٤ من القواعد الخاصة بالكاثوليك (ص ٣٨٢ - ٣٨٣)

أما الكنائس الشرقية فقد أبدت موالاتها في المحافظة على التقاليد الشرقية التي تعلق أهميتها الكبرى على دور رجل الدين في التبريك والتكليل عند الزواج ، فأعادت أهمية كبرى للاحتفال الديني بالزواج وإتمامه علانية . وقد مرت هذه المسألة بتطور طويل منذ القرون الأولى ، وانتهى الأمر إلى أن أصبح الزواج الذي لا يتم في الشكل الديني المطلوب يثير نزاعاً باطلاً هـ أنظر في هذا : دوفيليه ودوكايك : الزواج في القانون الكنسي الشرق ، السابق ص ٤٠ وما بعدها .

وقد قرر فقه الأقباط الأرثوذكس هذا الأمر منذ القدم ، إذ جاء في قوانين ابن لقمان بصدد الإملاك ، وقد كان المرحلة الأولى في الزواج ولكنه أصبح يتم مع التكيليل في وقت واحد ، كما رأينا من قبل ^(١) ، « أنه يعقد بحضور كاهنين قسيسين أو قس وشماسين رشدين ، ويوضع الصليب ويقرر المهر ، ويكتب مكتوب من ثلاث نسخ ... » ^(٢) . ويقول ابن العسال في صدد انتقاد الزواج إنه لا بد أن يتم علانية فلا « يكفل أحد سرّاً ، بل بحضور كثيرين » . ثم يستمر بعد ذلك فيقرر أن عقد الزواج لا يتم ولا يكون إلا بمحضرة كاهن وصلاته عليهما وتقريره لما القربان المقدس في وقت الإكيليل التي به يتحدان ويصيران جسداً واحداً ، كما قال الله سبحانه . وعلى خلاف ذلك لا يعد لها تزويجاً ؛ فإن الصلاة هي التي تحلل النساء للرجال والرجال للنساء » ^(٣) .

وقد ظهر أثر هذا الفقه في نصوص المجموعات الحديثة للأقباط ، حيث تقرر أن « الزواج سر مقدس يتم بصلادة الإكيليل على يد كاهن ، طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية ... » ^(٤) . ومن هذا يتبين لنا أن زواج الأقباط الأرثوذكس لا يتم إلا طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية ، بصلادة الإكيليل على يد كاهن .

(١) ما سبق فقرة ٨٢

(٢) ملحق ابن العسال السابق ، ص ١٧ . وهذا هو ما أورده ابن العسال في كتابه ، السابق ، ص ١٩٨ * وأوردته الخلاصة القانونية في المسألة ٦ .

(٣) ابن العسال ، السابق ، ص ٣٠٤ . وقد جاء في المسألة ١١ من الخلاصة القانونية أن « حد الزواج هو اتفاق رجل وامرأة اتفاقاً ظاهراً ، بشهادة وصلادة أكليروس ، واختلاط عيشهما اختلاطاً شريعياً محصلاً لتأنيته المتبررة » .

(٤) أنظر المادتين ١٤ و ١٥ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ على التوالي .

وهذا ما نصت عليه الطوائف الأرثوذكسية الأخرى مع تفاوت في التعبير عن هذه الفكرة وإبقاء على جوهرها ، إذ استلزمت أن يتم الزواج على يد رجل الدين الذي تخوله الكنيسة القيام بذلك ^(١).

وبالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، نصت المادة ٨٥ من الإرادة الرسولية للطوائف الشرقية بصفة عامة على أنه « لا يصح زواج إلا إذا عقد برتبة دينية Dans un rite sacré أمام الخوري أو الرئيس الكنسي المحلي أو كاهن أذن له أحدهما بحضور الزواج ، وأمام شاهدين على الأقل ، وذلك حسب ما تقتضيه المواد التالية ، مع مراعاة الاستثناءات في المادتين ٨٩ و ٩٠ » . وينص البند الثاني من المادة نفسها على أن « تعد الرتبة دينية لتنفيذ البند الأول بمجرد وجود الكاهن إذا حضر وبارك » . ومن هذا يتضح لنا أن حضور الكاهن ومنحه البركة للطرفين يعتبر شرطا جوهريا لقيام الزواج لدى الكاثوليك ، على أن تراعى الملاينة من ناحية أخرى عن طريق حضور الشهود ، وأن يكون الكاهن الذي يقوم بإجراء الزواج متمتعا بالصلاحيات ^(٢) . فالبركة إلزامية لصحة

(١) انظر المادة الأولى من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس حيث تنص على أن « يقوم بالكليلا كاهن من الكنيسة الأرثوذكسية بالشرق ، تخوله قوانين الكنيسة حق القيام به » . والمادة ١٤ من القواعد الخاصة بالأرمن حيث تنص على أنه « يتم سر الزواج علنا في الكنيسة بواسطة كاهن من طائفة الأرمن الأرثوذكس ، مسموح له بذلك من وزارة العدل ، ومعين في التصريح الذي صدره الرئيس الديني ، كذلك يجب أن تكون إجراءات الزواج على طقوس الكنيسة الأرمنية الأرثوذكسية ، وبحضور شاهدين ويجوز الاحتفال بالزواج في منزل أحد الزوجين بناء على تصريح خاص من الرئيس الديني » . والمادة ٢/٤١ من مجموعة السريان إذ تنص بأن « أما عقد الكليلا فبراد به بركة الكنيسة التي بها يبارك الكهنة الكليلا وضمونها على رؤس المترجمين »

وانظر كذلك مذكراتنا السابق الإشارة إليها لطلبة كلية الحقوق ، ص ١١٤ .

(٢) وقد استلزمت القواعد الخاصة بالكاثوليك شروطا أخرى سواء بالنسبة للكاهن أو الرئيس الكنسي ، وبالنسبة للدور الذي يقومون به في الاحتفال بالزواج . كما وضعت شروطا تتعلق باختصاصاتهم في القيام بإجراءات الزواج .

عقد الزواج عند الكاثوليك . ولا يكفي مجرد حضور الكاهن في الكنيسة ،
إذ إن حضوره لا يتوب عن البركة ، ولكن لابد أن يبارك الأكليل حتى يتسم
بطابع الصحة . ويكفي أن تكون البركة بسيطة ^(١) اعتيادية ، ولا يلزم القيام
برتبة طقسية معينة ، وإن كانت الرتبة الطقسية ضرورية لجواز الاحتفال بسر
الزواج ^(٢) .

وبالنسبة للانجيليين تنص المادة ١٢ من القواعد الخاصة بهم على هذا الشرط
بأنه « لا يعقد إكليل الزواج إلا القسوس المرسومون قانوناً أو مرشدو
الكنائس الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس المومى الرخصة بذلك » .

هذا عن شرط الانعقاد الديني والصورة التي ينبغي أن يتخذها لدى
الطوائف المسيحية المختلفة . ويتبين لنا أن من اللازم إتمام الزواج في الشكل
الديني الذي تتطلبه كنائس الطوائف المختلفة بالنسبة لأبنائها . وإذا لم يتوافر

أنظر في تفصيل هذه المسائل : المواد ٨٥ وما بعدها من الإرادة الرسولية ، والرسالة
المخلصية : العدد سالف الذكر ، بعنوان « صيغة إبرام عقد الزواج » بقلم الأب يوحنا ريزاك
اليسوعي ص ٥٢١ وما بعدها ، Galtier السابق وخاصة ص ٢٣٣ وما بعدها . وفيليب جلاد ،
السابق ، المادتان ٤٢ و ٤٣ ، والمواد ١٠٢ - ١٠٤ من القواعد الخاصة بالكاثوليك .
وانظر النصوص المتأخرة لهذا في القانون الكنسي الغربي ، المواد ١٠٩٤ وما بعدها في « ناز » ،
المراجع السابق ص ٣٦٨ وما بعدها .

(١) ويمكن أن تتألف البركة إما من إشارة الصليب فقط ، وإما من إشارة الصليب
ترافقها كلمات لاستئصال البركة الإلهية على المتعدين (المقال السابق الإشارة إليه في الهامش
السابق بالرسالة المخلصية ص ٥٢٣)

(٢) وتنص المادة ٩١ من الإرادة الرسولية على أنه : « يجب المحافظة عند إبرام عقد
الزواج على الطقوس والرتب *les rites et cérémonies* المرسومة في الكتب الطقسية الثابتة
يسلطان الكنيسة ، وألتي صارت مرعية بقوة عوائد مشروعة ، إلا إذا حالت الضرورة
حدوث ذلك » .

هذا الشكل كان الزواج باطلا، لأن الشكل الديني شرط لانقضاء الزواج^(١) :

ولا تثار صعوبة ما إذا ماتم الزواج بين أبناء طائفة واحدة أمام كنيستهم ،
وطبقاً لطقسها على يد كاهن من كهنة الكنيسة نفسها مختص بإبرام الزواج .
ولكن هل يمكن أن يقوم هؤلاء بإبرام زواجهم أمام كنيسة أخرى؟ وإذا
ماتزوج مسيحيان في الخارج فما حكم مثل هذا الزواج؟ هنا نعرض لحكم الزواج
أمام كنيسة أخرى وحكمه إذا ماتم في الخارج .

١٢٧ مكرر : - الزواج أمام كنيسة أخرى لو في الخارج :

تعرضت نصوص الارادة الرسولية لذلك ، ويمكن أن نجمل أحكامها في
فرضين أساسيين :

ففي الفرض الأول ، حيث يكون الطرفان من طقس الكاهن : حتى ولو
لم يكونا من مروسية ، في هذه الحالة يصبح الزواج . إذ أن المادة ٨٦ تنص في
بندها الأول (ثانيا) على أن «حضور الخوري أو الرئيس الكنسي المحلي يكون
صحيحاً ضمن حدود مكان ولا يتبهما فقط ، ولا فرق بين أن يكون المتعاقدان
من مروسية (Sujets) أولا ، على أن يكونا من طقسهما » . فالهم في هذه
الحالة هو أن يكون للكاهن السلطة وأن يكون المتعاقدان من طقسه ، حتى ولو
لم يكونا تابعين له ، كما يكفي أن يكون أحدهما تابعاً لطقسه ، بل إنه يصبح

(١) وانظر بالنسبة لسلطة الكنيسة على الزواج وفي أنه عقد مقدس وسر من أسرارها ،
وعدم إحلال الزواج كجهد عقد بين رجل وامرأة يبرمته أمام السلطة المدنية ووفقاً للشرائع
المدنية ... مقالا للابكومونوس اناسيوس مشتت من الزواج المدني والمجتمع ، في الرسالة
المخطوية ، العدد السابق الاشارة إليه ، ص ٦٢٦ وما بعدها .

للكاهن أن يعقد لها الزواج حتى ولو داخل كنيسة أخرى غير كنيستهما ، أى تابعة لطائفة أخرى ، طالما كانا تابعين لنفسه ^(١) .

وفي الفرض الثاني : حيث لا يوجد للمتعاقدین رئيس كنسى من طقسهما فمن هو الكاهن الذى يحق له فى تلك الحالة أن يحضر زواجهما ؟

نصت المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٢ على أنه « إذا وجد مؤمنو أحد الطقوس دون خورى ، فليعين لهم رئيسهم الكنسى خسوريا من طائفة آخر يعنى بهم ، بعد نيل رضى الرئيس الكنسى الذى يخضع له الخورى المطلوب تعيينه » .

ذلك أنه قد يحدث فى بعض البلاد - داخل حدود الولاية الطقسية - ألا يكون لطائفة معينة خورى خاص من طقسهم ، فى هذه الحالة يستطيع الرئيس الدينى لهذه الطائفة أن يعين خورى تلك البلدة ، الذى يتبع طقساً آخر ، يعينه رئيساً شرعياً لأبناء طائفته ، وذلك بالاتفاق مع الرئيس الكنسى للخورى المراد تعيينه ^(٢) .

أما إذا وجد المتعاقدان خارج حدود الولاية الطقسية ، فقد نصت المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٣ على أنه « إذا لم يكن لبعض المؤمنين رئيس كنسى من طقسهم خارج مكان ولاية طقسهم الخاص ، يجب اعتبار الرئيس الكنسى المحلى رئيساً كنسياً خاصاً بهم » . من ذلك مثلاً حالة ما إذا وجد الكاثوليك الشرقيون خارج حدود الولاية الطقسية الخاصة بهم حيث تقام مراسيم الطقوس الشرقية فى بلادهم كمسوريا ولبنان ومصر . . أو البلاد التى أثبتت لهم فيها سلطة كنسية

(١) أنظر الرسالة المخلمية ، السابق ، ص ٥٢٦ و ٥٢٧ .

(٢) أنظر توضيح ذلك فى الرسالة المخلمية ، العدد السابق ص ٥٢٨ - ٥٢٩ .

ولو كانت خارج البلاد الشرقية مثل كندا والولايات المتحدة والبرازيل ، إذا ما وجدوا خارج حدود تلك الجهات التي قام فيها مراسيم طقوسهم ، كما إذا وجدوا في الأرجنتين مثلاً كالوارنة القاطنين هناك ، فإنه يجب اعتبار الأسقف اللاتيني المحلي رئيساً شرعياً لهم . وهذا الأسقف يعين لكل فئة الكاهن الذي يهتم بشؤونها . و « إذا ما تعدد الرؤساء الكنسيون المحليون فيعتبر رئيساً خاصاً منهم من يعينه الكرسي الرسولي أو من يعينه البطريرك بعد نيل رضى الكرسي الرسولي ، إذا كان الحق الخاص le droit particulier يعهد إليه بالناية . بن يقيم خارج البطريركيات من مؤمنى طقه » ^(١)

هذه هي أمم الحلول التي وضعتها الإرادة الرسولية بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية . ومنها نعين أنها قد نظمت السبيل التي ينبغي على المتعاقدين سلوكه إذا لم يوجد رجل دين من طقسهما ، أو إذا وجدوا في خارج نطاق الولاية الطقسية الخاصة بهما . ونعتقد أنه بهذا التنظيم قد لا تزال أية إشكالات تتعلق بطلان الزواج لتخلف شرط الانعقاد الديني .

أما بالنسبة للطوائف الأخرى ، فإن استعراض النصوص الخاصة بها يبين لنا أنها استلزمت بصفة عامة أن يتم الزواج على يد كاهن مختص طبقاً لطقوس الكنيسة

(١) المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٣ وانظر كذلك الرسالة الملخصة ، العدد السابق .

ص ٢٩٠-٢٩١ .

هذا ، وقد تعرضت الإرادة الرسولية لمسألة زواج الطوائف أو التجولين Vagabond - والطوائف هو من لا يملك بيتاً ولا تعرف له إقامة ثابتة ، أو هو الذي لا قرار له في عمل معين - فنصت على أن « خوريه الخاص ورئيسه الكني الحناس هما خوري طقه أو الرئيس الكني المحلي الذي من طقه حيث يقيم الدوار (الطوائف) فعلاً actuellement - فإذا ما خلا المكان من خوري أو رئيس كني من طقه ، فإنه يعمل بالقواعد المرسومة في العدد ٢ و ٣ » (المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٤ ، وانظر كذلك : دليل جلاء ، السابق ص ٨٤) فتوى رقم ٥٤)

التي يتبعها الطرفان والكاهن . ولما كانت تلك النصوص هي الواجبة التطبيق بالنسبة لأتباع تلك الطوائف ، فإن هذا يعني أنه إذا تم الزواج على غير ما جاءت به كان باطلاً ، وعلى وجه خاص إذا تم في الداخل . وقد يقال تأييداً لذلك إنه طالما وجد الطرفان في داخل البلاد ، فإن من الميسور عليهما الالتجاء إلى كاهن من أبناء طائفتهم . ولكن ما الحكم لو تمذر عليهما الالتجاء إلى كاهن من أبناء الطائفة ، أو كان في الوصول إليه مشقة . ألا يمكن القول بأنه يكون لهما أن يلجأ إلى كاهن من طائفة أخرى ^(١) ؟ .

لا نجد في شرائع الطوائف المختلفة - غير الكاثوليكية - حلاً لذلك . مع أن الأمر كان في حاجة إلى التنظيم ، نظراً لاحتمال قيامه في الحياة العملية . فإذا كان من المتعين أن ينقذ الزواج على يد كاهن من أبناء طائفة الطرفين ، إلا أنه كان من اللازم أن تنظم الحالات التي يتمذر فيها الوصول إليه . وقد دعا هذا بعض الشراح إلى القول بأنه يكفي أن ينقذ الزواج دينياً في إحدى الكنائس المسيحية ، لأن المذاهب المسيحية جميعاً تلتقي وتشتق من مصدر واحد هو الدين المسيحي ، وأن الشكليات الأخرى لا تؤثر على جوهر العقيدة . ذلك أن الفكرة الأساسية في انعقاد الزواج دينياً على يد كاهن مسيحي هي أن يكون الطرفان قد آمنّا أن الله تعالى قد بارك زواجهما . ويستطيع أي كاهن يتبع أي مذهب مسيحي أن يستدر هذه البركة لهما في كنيسة بصرف النظر عما إذا كانت أرثوذكسية أو كاثوليكية ^(٢) .

(١) والواقع أن هذا الفرض نادر من الناحية العملية ، إذا كان الزوجان في الداخل . إذ يميل الطرفان دائماً على التقلب على هذه الصعوبة ويماونهما على ذلك رجل الدين المختص بإبرام الزواج . ولعل هذا هو مدعاة إلى عدم التمرس لهذه الحالة بالتنظيم من الطوائف المختلفة ، من غير الكاثوليك .

(٢) أنظر في هذا : تادرس ميخائيل تادرس : شرح الأحوال الشخصية للمصريين ، غير الملحق ، الساتين ، ص ٥٦ وما بعدها .

وقد نظمت مجموعة الأقباط الأرثوذكس مسألة الزواج في الخارج فنصت المادة ٣٥ من مجموعة ١٩٥٥ على أن « كل قبطي أرثوذكسي تزوج خارج القطر المصرى طبقاً لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج ، يجب عليه في خلال ستة شهور من تاريخ عودته إلى القطر المصرى أن يتقدم إلى الرئيس الدينى المختص لإتمام الاجراءات اللازمة ، طبقاً لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية » .

ويلاحظ على هذا النص أولاً أنه يجعل من زواج القبطي الأرثوذكسي خارج البلاد طبقاً لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج ، يجعل منه زواجا صحيحاً ، بصورة مطلقة مع أن من المحتمل أن يتزوج زواجا مدنياً ، وهذا الزواج يقع باطلاً من أصله ، لأن شرط الانقضاء الدينى شرط جوهري لقيامه^(١) . لكن إذا تم مثل هذا الزواج مستوفياً لشرط الانقضاء الدينى ، ولو في أية كنيسة أخرى غير أرثوذكسية ، فإنه يقوم صحيحاً ، وكل ما هنالك أنه يقع على صاحبه عبء أدبي هو التقدم - بعد عودته - إلى كنيسته لمباركته ؛ فإذا لم يتقدم ، فإن هذا لا ينقص من صحة زواجه . ولهذا فإن اشتراط أن يتقدم في ظرف ستة أشهر إلى كنيسته لإتمام الاجراءات طبقاً لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية شرط لا لزوم له^(٢) .

(١) أنظر تادرس ميخائيل ، السابق ، ص ٦١ .

(٢) أنظر أيضاً تادرس ميخائيل ، السابق ص ٦١ . وانظر كذلك أحد سلامة : دروس في الأحوال الشخصية لطلبة كلية الحقوق (عين شمس) ١٩٥٨/١٩٥٩ ، الجزء الثانى ص ٢١ وتوجب المادة ١٦ أرمين « تسجيل صورة عقد الزواج الذى تم خارج القطر في سجل الزواج بالبطريركية الكاثن بدائرتها عمل الزوجية » ، وذلك في خلال ستة أشهر من عودة الزوجين أو أحدهما إلى هذا المحل » . وهذا النص يختلف عما جاء بالنسبة للأقباط ، إذ يبدو منه أن الزواج يكون صحيحاً ، لأنه لا يستلزم « إتمام الاجراءات » كما يقضى نص الأقباط

ويمجد بنا في هذا المقام أن نبين أن زواج غير المسلمين من المصريين في الخارج ، إما أن يكون في بلاد ذات تشريعات مدنية ، وإما أن يكون في بلاد ذات زواج ديني .

ففي البلاد ذات التشريعات المدنية التي لا تمتد بالشروط الدينية ، يتعين مع ذلك تنفيذ شرط الانقضاء الديني وإغفال الأحكام الأجنبية المحلية . ولهذا فإن المسيحيين من المصريين الذين يجرون عقود زواجهم في الخارج يكلفون بتنفيذ شرائعهم^(١) . ذلك أنه إذا كانت القاعدة أن العقد يخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذي أبرم فيه *Locus regit actum* إلا أنه بالنسبة للزواج إذا كان قانون بلد أحد الزوجين يحتم شرط الانقضاء الديني ، فإن العقد لا يعتبر صحيحاً إذا عقد بغير ذلك خارج البلد^(٢) . وهذا يعني أن شرط الانقضاء الديني بين المسيحيين ينبغي استلزامه حتى ولو تم الزواج في الخارج ، باعتبار أنه من الشروط الجوهرية التي تستلزمها الشرائع المالية الخاصة بالمسيحيين في مصر .

أما في دول الزواج الديني ، وهي التي تحتفظ بالمراسم الدينية كشرط جوهرى لقيام العقد ، فها يستطيع المصريون سلوك هذا السبيل^(٣) . وفي هذه الحالة إذا ما تم الزواج في الشكل الديني فإما أن يتم طبقاً لنقوس كنيسة

(١) أنظر بطرس وديم كساب ، رسالته السابقة ، فقرة ١٢٨ من ١٤٧ .

(٢) وهذا ما أقرته اتفاقية لاهاي في ١٢ يونيو ١٩٠٢ بشأن الزواج . أنظر بطرس كساب ، السابق ، فقرة ١١٨ من ١٣٤ والمراجع المشار إليها في هامش ١ و ٢ . نادرس سميثايل ، السابق ، فقرة ٧٧ من ٥٧ . وأنظر مع ذلك : جيل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، الكتاب الثانى (طبعة ١٩٥٩/٥٨) من ٤٦١ هامش ٥ .

(٣) أنظر بطرس كساب ، السابق فقرة ١٢٩ من ١٤٧ .

الطرفين ، وهنا لا يثير إشكالا ما ، كما هو الشأن بالنسبة للكاثوليك الشرقيين بصفة عامة ، ومنهم المصريون ، إذا ما وجدوا في بلد أجنبي داخل نطاق الولاية الطقسية الخاصة بهم على نحو ما بينا من قبل . وإما أن يتم في الشكل الديني طبقا لطقوس كنيسة أخرى ، وفي هذه الحالة نمتد أن الزواج يقع صحيحا ، إذ يكفي أن يتم على يد أحد رجال الدين المسيحي .

هذا ، ولما كان شرط الانعقاد الديني لدى جميع الطوائف المسيحية شرطا جوهريا . فأنها تستلزم أن يتخذ الزواج في الخارج نفس الأوضاع التي يتخذها في الداخل . ولهذا فإن التعليلات القنصلية تفرض على القناصل قبل تحرير العقد بالنسبة لتغير المسلمين أخذ رأي الجهة الدينية بمصر عن طريق وزارة الخارجية . وبهذه المناسبة يتاح للجهات الدينية أن تبين الطريق الواجب الاتباع طبقا لأحكام مذهبها . والمفروض بطبيعة الحال أنها تسهل على الطرفين مباشرة العقد بطريق يحقق المصلحة الدينية والروحية العائدة من الزواج^(١) .

١٢٨ - شرط الانعقاد الديني والتوثيق : بينا فيما سبق ضرورة الانعقاد الديني بالنسبة للزواج ، وأن الزواج لا يقوم إذا تخلف هذا الانعقاد الديني

(١) بطرس كساب ، السابق ، فقرة ١٢٤ ص ١٤١ .
ولما كانت وظيفة القنصل لا تمدد تحريم عقود الزواج بين المواطنين في الخارج بعد استيفاء إجراءات مستفادة من التعليلات القنصلية ، فإنه يلزم - طبقا لهذه التعليلات - أخذ رأي الجهة الدينية بالنسبة لتغير المسلمين . وتتفق هذه التعليلات بأنه يجوز مباشرة عقود زواج غير المسلمين المتعدين في الدين والمذهب أو المختلطين فيها .. وذلك بعد أخذ رأي جهتهم الدينية في مصر بواسطة وزارة الخارجية . وقد أضافت التعليلات كذلك أنه إذا كان الأصل أن مباشرة عقود زواج غير المسلمين إنما يكون عند اختلافها في الدين أو المذهب ، وأنه إذا اتحد الطرفان في الدين والمذهب ترك الأمر لجهتها الدينية بمصر ... فإنه نظرا لضرورة الاعترا بالمسا في خارج البلاد رؤى الترخيص بمباشرة عقود زواج متعدي الدين والمذهب ، على أن يؤخذ رأي الجهات الدينية على النحو السابق (أنظر بطرس كساب ، السابق ، فقرة ١٢٣) .

في الصورة المطلوبة . والواقع أن هذا الشرط ينبغي ألا يخلط بينه وبين مسألة أخرى هي توثيق الزواج .

فقد صدر القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ معدلاً بعض أحكام القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وطبقاً لهذا التعديل أصبح يتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، موقوفون متدبون يعينون بقرار من وزير العدل^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ٦٢٩ أنه رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين من غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة^(٢) بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين . إلا أن صدور هذا القانون الخاص بالتوثيق قد قصد به ، قبل كل شيء ، الرقابة والإشراف على هذه العقود وتنظيم إثباتها ، كما هو الشأن تماماً بالنسبة للنظام المتبع في توثيق عقود الزواج لدى المسلمين . فلم يقصد به فرض شكل معين . وإذا كان هذا هو ما قصده المشرع ، فإن ذلك لا يعنى الاستثناء عن الشكل الدينى وإحلال

(١) فقد نصت المادة الأولى من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ على أن تدل المادة الثالثة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ على الوجه الآتى : مادة ٣ - تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك ، الخاص بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موقوفون متدبون يعينون بقرار من وزير العدل - ويضع الوزير لائحة تبين شروط التبيين في وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم . . . »

(٢) فإذا لم يكونوا متحدى الطائفة والملة . فإن التوثيق يتم بمعرفة الموثق السادى في مكتب التوثيق . وهذا ما يفهم من نص المادة الأولى من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لهادة ٣ من القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . كما أن هذا الموثق هو الذى يقوم بتوثيق عقود الزواج ولو اتحد الأفراد في الطائفة والملة وكان أحدهما أجنبياً (انظر استئناف القاهرة في ١٦/٤/١٩٥٨ رقم ١١٨٠ س ٧٤ فى قى صالح حتى ٢ رقم ٥٣٥ س ٣٩٣ وما بعدها) .

نظام التوثيق محله . وقد كشفت المذكرة الايضاحية عن ذلك صراحة بقولها :
« ... على ألا يس ذلك التوثيق الاجراءات الدينية » . فالاجراءات الدينية
في الزواج لدى غير المسلمين باقية كما هي تقوم إلى جانب التوثيق .

وتيسيراً للأشور في هذا الصدد ، وتمشياً مع الواقع ، ومنذ لما قد يثار من
إشكالات حول من يقوم بالتوثيق ، فقد اختار وزير العدل الموثقين - بالنسبة
لغير المسلمين - من بين رجال الدين الذين كانوا يقومون بمقد الزواج من قبل^(١) .
وعلى ذلك أصبح هؤلاء يقومون بالتوثيق إلى جانب مهمتهم التي كانوا يقومون
بها من قبل في إبرام عقود الزواج . وهذا يعني أن الاجراءات التي كانت تتم
على يد رجل الدين بالنسبة لانقضاء الزواج ظلت باقية الآن ، كما كانت من
قبل ، عدا عملية التوثيق التي كانت تتم بالمجالس المالية ، فقد قررت المادة ٣ من
القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ أن « تلتى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية ، كما تلتى
عملية التوثيق بالمجالس المالية ، وتحول إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات
والدفاتر المتعلقة بها » . ولذلك نرى أنه بعد تنظيم توثيق عقود الزواج بين
غير المسلمين على النحو السابق ، لم يعد تحرير عقود الزواج ، طبقاً للتنظيم
الخاص بكل طائفة ، أهمية كبيرة . فإلى جانب أن مثل هذا التحرير الذي يتم
طبقاً لقواعد الطوائف المختلفة ليس من الاجراءات الدينية في الزواج^(٢) ، فإن
الوثيقة التي يحررها الموثق المتدب هي التي يعتد بها إذا ما وجدت .

(١) أنظر القرار بلائحة الموثقين المتدين المعمول به من أول يناير سنة ١٩٥٦ والذي
أصدرته وزارة العدل وقد نص في المادة ٤١ من هذا القرار على أن تمد الرئاسة الدينية لكل
طائفة من الطوائف غير الاسلامية كشفاً بأسماء رجال الدين أو غيرهم الذين يرغبون في الترشيح
في وظيفة موثق متدب ... مع بيان الجهة التي يرغب كل منهم في الترشيح فيها ..
(٢) وفي هذا يختلف المسيحيون عن اليهود ، كما سنرى فيما بعد .

وإذا كان المشرع قد نظم توثيق عقود الزواج بين غير المسلمين على النحو السابق ، فأننا نسأل بعد ذلك عن القيمة التي يعطيها القانون لهذا التوثيق . رأينا أن المشرع قد قصد من تنظيم عملية توثيق عقود الزواج بالنسبة لغير المسلمين إلى الاشراف عليها . وعلى ذلك فلا أثر لاشتراط التوثيق على صحة عقد الزواج . فإذا ما عقد الزواج أمام رجل الدين المختص واستوفى الشروط اللازمة لانفاذه ، اعتبر صحيحاً وتترتب عليه آثاره . فشرط التوثيق ليس شرطاً لازماً لصحة عقد الزواج ، وهو لا يفي عن اتخاذ الاجراءات الدينية (١) .

(١) وبأخذ القضاء بهذه الفكرة فيقرر أنه لا يترتب على عدم التوثيق بطلان العقد . ففي دعوى ين زوجين كاثوليكين طلبت المدعية بطلان العقد مؤسسة دعوها على أن العقد لم يوثق طبقاً للقانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ . ولكن المحكمة لم تجبها إلى ذلك « لأن إجراء توثيق العقد أمام الموثق المختص طبقاً لقانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ليس من شروط صحة الزواج ، وبالتالي لا يبطل العقد لعدم توثيقه » . واستطردت المحكمة تقول إن التوثيق « إنما هو إجراء تنظيمي أملت واستهدفه المشرع ، تحدده المصلحة العامة للرغبة في الاعلان عن الزواج وإشهاره والتدليل على قيامه بالنسبة للكافة ، وحفظاً لحقوق كل من الطرفين قبل الآخر حقه تصان الحقوق الزوجية وتحترم وواجب الأسرة ، إذا ما بدا لأحد الطرفين إنكار الزواج ، ولعل ما يؤكد هذا النظر أن المشرع لم يجعل البطلان جزاء مقررراً للعقد الغير موثق ، بله على العكس أباح القانون سماع دعوى الزوجية وترتيب كافة آثارها ولو لم يكن العقد موثقاً في حالة عدم إنكارها والافترار بها . وهو ما نص عليه صراحة في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . بمعنى أن الافترار بالزوجية يقوم مقام وثيقة الزواج ، وبالتالي لا يمكن أنه يدعى ببطلان عقد الزواج الذي تم صحيحاً طبقاً للأوضاع الشرعية لمجرد عدم توثيقه » (الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية في ٩ أبريل ١٩٥٧ حكم رقم ٩٩ لسنة ١٩٥٦ كلى - غير منشور . وقد ثبت في الحكم أن الزواج تم على يد كاهن كاثوليكي أمام شهود . وفي نفس هذا المني حكم آخر بين قبيلتين أرثوذكسيين من المحكمة تنسبها في ١٦ أبريل ١٩٥٧ - كلى ٣٤ لسنة ١٩٥٧ غير منشور)

ويبدو أن الحكم وإن بين أنه لا يوجد جزاء على تخلف التوثيق ، إلا أنه لم يترسضه لوسيلة إثبات الزواج في حالة عدم التوثيق بين متحدى الطائفة والملة في هذه الحالة إذا لم يحصل إقرار به ، وهو ما سفيته في المتن .

فان مع ذلك حكم استئناف القاهرة في ١٦/٤/١٩٥٨ المشار إليه سابقاً ، صالح حنفى ج ٢ رقم ٥٣٥ .

ومن جهة أخرى فإن المشرع إذا كان قد عهد إلى الموثقين المتدينين من رجال الدين بتوثيق عقود الزواج بين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، فإنه لم يوجب هذا التوثيق ، ولم يضع جزاء في حالة عدم القيام به ، ولم يبين ماذا يكون الحكم لو لم يتم توثيق العقد ، كما هو الشأن بالنسبة للمسلمين . إذ تنص المادة ٩٩ فقرة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وهذا النص لا يزال قائماً حتى الآن - على أنه : « لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجة أو الاقرار بها ، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ » . هذا النص خاص بزواج المسلمين ^(١) ، وهو يقضى بمنع سماع دعوى الزوجة عند الانكار ، إلا إذا وجدت وثيقة رسمية على النحو المذكور . فهو إذن نص يتعلق بتحديد أدلة الإثبات التي تثبت بها الزوجة عند الانكار . أى أنه يتعلق بقواعد موضوعية لا بقواعد إجراءات . وبعبارة أخرى إن نص المادة ٩٩ سالف الذكر لم يتحدث عن الإجراءات التي تتبع في إقامة الدليل على الزوجة ، وإنما حدد الأدلة التي تثبت بها الزوجة عند الانكار ، وبذلك يأتي النص بقاعدة موضوعية لا بقاعدة إجراءات ، وبالتالي لا ينصرف إليه نص المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والذي يشير إلى الإبقاء على بعض قواعد نصت عليها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتعلق بإجراءات التقاضي ^(٢) .

(١) كما أنه يرى كذلك بالنسبة لفسير المسلمين الذين تنطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية ، نظراً لاختلافهم في الديانة أو المذهب أو الطائفة .

(٢) وتنص المادة الخامسة سالف الذكر على أنه « تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية ، هذا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكمل لها » ويقول الأستاذ الدكتور شفيق شحانه في هذا الصدد (أنظر جزء ٣ سنة ١٩٥٩ ص ٩٢ بالمعاش) إن نص المادة ٩٩ لم يأت بقاعدة من قواعد الإجراءات ولكنه يمنه من سماع دعوى الزوجة قد قصد « إل تعطيل أثر عقد الزواج بحرماته من كل جزاء . ولا شك أن اعتبار الحق مصحوباً أو غير مصحوب بجزاء يدخل في صميم القواعد الموضوعية ولا شأن له بالإجراءات » .

ومن ذلك نرى أنه لا يمكن القول بتطبيق نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في هذا الصدد على غير المسلمين المتحدين في الطائفة والملة ، وإذا أريد تطبيقها ، فانه ليس في القواعد القانونية الحالية ما يسعف في هذا الصدد ، ولا بد لذلك من نص تشريعي يجعلها تسرى في شأنهم ^(١) .

ولما كان الموثقون المتدينون يقومون بتوثيق زواج غير المسلمين المتحدين في الطائفة والملة ، فانه إذا وجدت الوثيقة الرسمية التي يحجرونها ، كان من المتعين الاعتداد بها في إثبات الزواج ، ولما كان الموثقون المتدينون قد اختبروا من بين رجال الدين الذين كانوا يتولون إجراء الزواج بين غير المسلمين ، فان الحاصل عملاً أن يكون الموثق هو نفسه رجل الدين الذي يجري الزواج على يديه . وهو يقوم بتحرير عقد الزواج في الدفتر المعدة لذلك ، التي تسلم إليه ، وتشرف عليها المحكمة التي يقع في دائرتها . ولهذا فانه يندر عملاً أن نجد زواجا بين غير المسلمين المتحدين في الطائفة والملة غير موثق على هذا النحو ^(٢) . ومع ذلك فاذا

(١) أنظر في هذا الموضوع . مذكراتنا السابق الاشارة إليها لطلبة كلية الحقوق ، ص ١١٦ وأنظر كذلك : جيل الشرفاوى : الكتاب الثانى ، السابق (١٩٥٩/٥٨) ص ٤٦٧-٤٦٨ وكذلك شفيق شعاع : الجزء الثالث ، رقم ٢٩٧ ، وأنظر أيضا حكم استئناف القاهرة (في ١٦-٤-١٩٥٨ رقم ١١٨٠ ص ٧٤ ق- صالح حتى ٢ رقم ٥٣٥ خاصة ص ٣٩٨-٣٩٩) وقد جاء به « إن المشرع لم يمن بإبقائها (م ٩٩) وجوب انضمامها بصدد المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية أيا كانت ديانة المتقاضين ، بل قصد أن يقصر تطبيقها على الزواج بالنسبة للمسلمين ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، باعتبار ما ورد بهذه المادة يقرر حكماً موضوعياً يتصل بثبوت الدليل مقدماً .. وعكس ذلك أحمد سلامة . مذكراته السابقة ، (١٩٥٩ و ٥٨) ص ٣٠ وهو يرى أن المادة ٩٩ تنطبق في هذا الصدد على غير المسلمين ، وتبعا لذلك تعتبر الوثيقة الرسمية شرطا لسماع الدعوى عندما في حالة الإنكار .

(٢) نقول إن من النادر عملاً أن توجد هذه الحالة ، لأنه لا يوجد ما يمنع من قيامها خلافاً لقانوننا . فمن الناحية الفعلية قد لا يقوم الكاهن بتحرير العقد في الوثيقة الرسمية . ومن ==

فرضنا أنه قد وجدت هذه الحالة النادرة ، فإذا يكون الحكم ؛ في مثل هذه
الفرض ينبغي الرجوع إلى الأحكام التي أوردتها القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة
في شأن إثبات الزوجية ^(١) . وإن كان حريا بالمشرع عند تنظيمه لأحكام
الأحوال الشخصية لغير المسلمين أن يدخل هذا التنظيم في اعتبارة ، أو أن يطبق
عليها بنص صريح الأحكام التي تطبق بالنسبة للمسلمين ، حتى تتحقق بذلك
وحدة القواعد بالنسبة لجميع المواطنين .

١٢٩ - إجراءات الزواج : رأينا أن الزواج لا بد أن يتم على يد رجل
الدين المختص ، وأن هذا يعتبر أمراً لازماً لوجود المقد . ويتم إجراء الزواج
طبقاً للقواعد المتبعة لدى كل كنيسة . وقد جرى العمل على أن تتم الإجراءات
الخاصة بالزواج في الكنيسة ، وذلك توفيراً للعناية اللازمة له .

= الناحية القانونية لا يوجد ما يمنع من أن يكون الموثق من غير رجال الدين ، وذلك بالنسبة
لمتحدى الطائفة والملة . وبذلك تفصل الإجراءات الدينية في الزواج عن التوثيق . وفي مثل هذا
الفرض يتعين إتمام الزواج أولاً في الشكل الديني على أن يوثق فيها بعد . ولكن فسد لا يتم
التوثيق ، فيقوم الزواج صحيحاً من الناحية الدينية ، لكن لا توجه وثيقة رسمية لاتبانه .

(١) ولم تنظم غالبية الطوائف مسألة إثبات الزوجية . ولهذا يمكن القول في شأنها بتطبيق
القواعد العامة في الإثبات . ويمكن الاستعانة في هذا الشأن بالدفاتر والسجلات الخاصة التي
يحتفظ بها رجال الدين في الكنيسة . وهذه هي الأهمية التي بقيت لها الآن بعد تنظيم عملية
التوثيق على يد الموثقين المتدينين . كما يمكن الإثبات في هذا الممدد أيضاً بشهادة الشهود
والشهرة (الحالة الظاهرة للأزواج : Possession d' état) (أنظر في هذا الموضوع كذلك
جيل السرفاوى ، السابق (الكتاب الثاني ١٩٥٩/٥٨) ص ٤٦٥ - ٤٦٧ وطلبة ٥٩ -
١٩٦٠ ، السابق ، رقم ٥٩ ص ٢٢٤ وما بعدها) . هذا وقد نظمت المادة ٤١ من مجموعة
الأنقياط الأرثوذكس لسنة ١٩٥٥ إثبات الزواج لدى هذه الطائفة فنصت على أنه « لا يثبت
الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج . وفي حالة ثبوت
ضياع أصل المقد أو إخلاله ، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البيئة » . فالإثبات
عندم بكافة الطرق لا يكون إلا في حالة ضياع أصل المقد الرسمي للزواج أو إخلاله .

وبعد القيام بالتحريات اللازمة من حيث التأكد من عدم وجود مانع من الموانع ، ومن حيث صحة الخطبة والإعلان عنها ، طبقاً للإجراءات المتبعة لدى الطوائف المختلفة^(١) ، يبدأ رجل الدين في اتخاذ الخطوات اللازمة لإبرام الزواج فيحصل على إذن من الرئيس الديني بإجرائه إذا استلزم القواعد الطائفية الحصول على مثل هذا الإذن^(٢) . ثم بعد ذلك يبدأ في القيام بإجراءات الزواج طبقاً للمراسيم الدينية المرسومة في الكتب الطقسية^(٣) ، ويتم ذلك في حضور الطرفين شخصياً ، أو في حضور الوكيل إذا تخلف أحد الطرفين أو كلاهما ، عند من يبيح الزواج عن طريق الوكالة ، وبحضور الأولياء إذا لزم الأمر ، والشهود . وبعد إتمام المراسيم الدينية ، يتم تحرير العقد مينا فيه اسم كل من الزوجين ولقبه ومهنته . . . وإثبات حصول الرضا بالزواج بين الطرفين ، كما يثبت كذلك

(١) أنظر ماسبق أن بناء في هذا الشأن بند ٨٦ من هذا المؤلف . وانظر كذلك المواد وما بعدها من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية .

(٢) وتنص المادة ٣١ من مجموعة ١٩٥٥ باللبية للاقباط الأرثوذكس على أنه « قبل مباشرة الزواج يتصدر الكاهن تصريحاً بإتمامه من الرئيس الديني المختص بعد تقديم محضر الخطبة إليه » دونيليه ، ودوكليرك : الزواج في القانون الكنسي الشرق ، السابق ، ص ٤٤ . وانظر كذلك المادة ١٣ أرمن و ٢٣ سريان . وكذلك المادة ٨٥ من الإرادة الرسولية .

(٣) وهذه الإجراءات يطلب عليها الطابع الديني ، فهي عند الأقباط تتم بسلامة الاكليل طبقاً لما جاء بشأنها في الكتب الطقسية (انظر المادة ٦ من الخلاصة القانونية . وانظر كذلك ابن الصال ، السابق ، ص ٢٠٣ - ٢٠٤ - ويضيف ابن الصال (ص ٢٠٥) أنه إذا كان المتزوجون أرامس فلا تكن لهم بركة إكليل إنما هي مرة واحدة في الدفعة الأولى ، وهي ثابتة على أربابها وباقية فيهم أبداً . بل تكون صلاة الكاهن لهم بالاستغفار . وإن كان أحد المتزوجين بكراً غليبارك وحده . وهذه السنة لرجال والنساء جميعاً . « وهذا هو الحكم لدى الأسريان (مادة ٤٤) . وانظر كذلك المادة ٢٣ . وكذلك المادة ١٤ لورمن .

وانظر كذلك المادة ٩١ من الإرادة الرسولية حيث تقضى بأنه - فيما عدا حالة الضرورة - يراعى عند إبرام الزواج المحافظة على الطقوس والترتيب المرسومة في الكتب الطقسية . وانظر كذلك المادة ١٢ من القواعد الخاصة بالطوائف الأنجليكية .

اسم ولى القاصر من الزوجين أو وصيه . . وإثبات موافقته على الزواج أو إذن المحكمة في حالة عدم الموافقة . ويثبت كذلك أسماء الشهود . . . وبعد أن يثبت رجل الدين كل هذا وأن المراسم الدينية قد تمت يوقع على وثيقة الزواج هو ومحرمها ، كما يوقع عليها الزوجان ومن ينوب عن القاصر ، كما يوقع عليها الشهود كذلك

وحضور الشهود أمر ضرورى تستلزمه الكنائس الشرقية ، وذلك حتى تتوافر العلانية اللازمة للزواج . وإذا كان من المتفق عليه أن حضور الشهود ضرورى ، فإن الكنائس تختلف في العدد اللازم لحضوره ^(١) . وإمعانا في العلانية يتلى المقد بعد تحريره وإثباته على النحو السابق . وبعد الانتهاء من كافة الاجراءات المطلوبة يقوم رجل الدين الذى وثق الزواج باعطاء صورة من المقد الموثق إلى كل من الطرفين ^(٢) .

١٢٩ مكرر - الزواج سرا : على أنه إذا كانت العلانية من الأمور اللازمة في حالة إبرام الزواج ، إلا أنه قد أبيع لدى بعض المذاهب المسيحية عقده سرا

(١) فاللادة ٨٥ / ١ من الإرادة الرسولية تستلزم حضور شاهدين على الأقل . أما المادة ٣٢ من مجموعة ١٩٥٥ للاباط فإنها تستلزم حضور الشهود وتدوين أسمائهم . . . ولم تحدد عددهم ، مما حدا بالبعض إلى القول بأن صيغة الجمع تنبئ أنه ينبغي ألا يقل عددهم عن ثلاثة . وعلى أية حال ، فانا نرى في هذا الشأن أنه لا ضرر من حضور شهود أكثر من هذا العدد ، إذ أن هذا يحقق علانية الزواج على نطاق أوسع ، ويقول ابن السال في هذا الصدد ص ٢٠٤ « ولا يكفل أحد سرا ، بل يحضر من كثيرين » ، واشترطت قوانين ابن تلقى تكميل السكان لها (الزوجان) ظاهراً في الكنيسة يحضر من الجماعة وتربيتها وقت الاكليل (ملحق ابن السال ص ٢٣) .

(٢) والنروض أن توثيق الزواج قد قام به الموثق المنتدب وهذا يختلف من تحرير المقد وتدوينه طبقا للاجراءات الخاصة بكل طائفة ، كما سبق لنا بيان ذلك .

في حالات استثنائية . قد نصت المادة ٩٣ من الإرادة الرسولية للكاتوليك على أنه يباح عقد الزواج سرّاً على سبيل الاستثناء باذن من الرئيس الكنسى، نفسه ولا يستطيع نائبه القيام بذلك إلا بوكالة خاصة ، وذلك في حالة ما إذا وجد سبب خطير جداً وعاجل (*Pour une cause très grave et urgente*) . فاذا ما وجد سبب فيه هذا الوصف أذن الرئيس الكنسى بإبرام الزواج والاحتفال به دون إعلان عنه (دون المناديات) وفى السر . على أن تراعى الأحكام التى نص عليها فى هذا الصدد . ويحدث هذا الزواج فى الحالات التى يكون القصد منها تنظيم مركز أشخاص يعتقد أنهم متزوجون ، مع أنهم ليسو كذلك فى الحقيقة وواقع الأمر .

وهذا الزواج يتم بحضور الكاهن والشهود . وتنص المادة ٩٤ من الإرادة الرسولية على أن الإذن بإبرام الزواج سرّاً ، يؤدى إلى وعد والتزام خطير بكنائس السر من جانب الكاهن الذى يحضر الزواج والشهود والرئيس الكنسى وخلفاؤه ، بل وحتى أحد الزوجين مادام الآخر غير راض عن إذاعة السر .

وإذا كان هناك التزام مفروض على هؤلاء الأشخاص بعدم إذاعة السر ونشره ، إلا أن الرئيس الكنسى لا يتقيد بوعده فى حالات بينها نص المادة ٩٥ ، وذلك : (١) إذا كان الاحتفاظ بالسر يؤدى إلى تعريض قدسية الزواج لإهانة بالغة أو فضيحة (٢) إذا لم يعن الوالدان بتعميد الأولاد المولودين من هذا الزواج أو إذا عنيا بتعميدهم مستعيرين لهم أسماء كاذبة دون إشعار الرئيس الكنسى فى غضون ثلاثين يوماً بالميلاد والتعميد مع ذكر اسم الوالد الحقيقى . (٣) وأخيراً فى الحالة التى يهمل فيها الوالدان تربية الأولاد تربية مسيحية ^(١) .

(١) أنظر فى هذا الموضوع : Galtier . السابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها Fournret السابق ، ص ١٧٠ وما بعدها . القانون الكنسى بإشراف « ناز » : السابق ، ص ٣٨٤-٣٨٥ .

وتشياً مع فكرة السرية في مثل هذه الحالة فإن المادة ٩٦ من الإرادة الرسولية تقضى ألا يكتبه الكاهن في دفتر الكنيسة العام المخصص للزواج والتعميد ، وإنما يكتبه في سجل خاص يحفظ في أرشيف سرى . على أن الأخذ بحكم هذا النص يترتب عليه عدم إمكان توثيق الزواج في الدفاتر التي يلزم رجل الدين - باعتباره الموثق المنتدب - بإمسائها طبقاً للقانون ، لأن هذا التوثيق يتعارض مع السرية المطلوبة لهذا النوع من الزواج . ولما لم يكن هناك جزاء على تخلف التوثيق لدى غير المسلمين في ظل الوضع القائم ، ولما لم يوجب المشرع هذا التوثيق ، فإن عدم توثيق مثل هذا الزواج من جانب الموثق المنتدب لن يؤثر على صحته . وكل ما هنالك أن الأمر قد يثار بالنسبة لإثباته . وفي هذه الحالة يمكن الاستعانة بالقواعد الخاصة بالطائفة . ذلك أن كل ما يمكن أن يترتب من أثر على تنظيم توثيق زواج غير المسلمين على يد الموثق المنتدب إنما هو توفير وسيلة رسمية لإثبات الزوجية عند المنازعة فيها ، هذه الوسيلة تحمل محل العقد الذي توجب القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تحريره كإجراء من إجراءات الزواج ^(١) .

١٢٩ مكر (١) : الزواج بدون حضور رجل الدين : لا جسدال في أن استأزم أمام الزواج على يد رجل الدين وقيامه بكافة الإجراءات السالف بيانها يكون في الحالات العادية المألوفة . إلا أنه قد توجد ظروف غير عادية تحاول دون استدعاء رجل الدين أو لا يمكن فيها استدعاؤه . في مثل تلك الظروف القاهرة أبحاث القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية عقد الزواج دون

(١) أنظر مع ذلك مذكراتنا لطلبة كلية الحقوق ، السابق الإشارة إليها ص ١١٧ .

حضور رجل الدين . وإذا كان من الممكن عقد الزواج - في مثل تلك الظروف القاهرة الاستثنائية - دون رجل الدين ، فإنه لا يمكن أن يعقد مهما كانت الظروف دون حضور الشهود . ذلك أنه إذا كان من الميسور العثور على الشهود ، فإنه قد يحدث أحيانا ألا يمكن استحضار رجل الدين أو الذهاب إليه . وهنا نجد المادة ٨٩ من الإرادة الرسولية تنص على حالتين فقط يكفى فيهما لإتمام الزواج حضور الشهود ، حتى ولو لم يحضر رجل الدين . وهما حالة خطر الموت ، وحالة ما إذا لم يكن من المأمول مقابلة رجل الدين قبل مدة شهر . وإذا ما وجد في كلتا الحالتين أى كاهن كاثوليكي يمكنه أن يشهد العقد ، فإنه يجب استدعاؤه . ولو أن الزواج يصبح مع ذلك بحضور الشهود فقط ^(١) .

ويراعى أنه في حالة ما إذا تم الزواج على نحو ما جاء بالنص السابق ، فإنه يقع على الشهود والمتعاقدين ، بل والكاهن - إذا حضر الزواج - أن يراعى تنوين هذا الزواج في السجلات (انظر المادة ٩٣/٣ من الإرادة الرسولية) .

(١) وهذا هو نص المادة ٨٩ من الإرادة الرسولية : « إذا حالك مشقة جسيمة دون الحصول على الحورى أو الرئيس الكنسى أو على كاهن يأذن له أحدهما بحضور الزواج بموجب المادتين ٨٦ و ٨٧ ، أو حالك المشقة دون البلوغ الى أحدم : (١) ففي حالة خطر الموت يصح وتيجوز الزواج المقنود أمام الشهود فقط . ويجوز ذلك أيضا خارج خطر الموت ، شرط أن يتعد استرار هذا الحال مدة شهر . (٢) إذا توفر في كلتا الحالتين وجود أى كاهن كاثوليكي بإمكانه أن يشهد العقد ، وجب ، أن يدعى وأن يحضر الزواج مع الشهود ، ولو صح الزواج بحضور الشهود فقط » .

ويمكن الرجوع فى هذا الموضوع كذلك الى Fournier ، السابق ص ١٧٤ - ١٧٦ وكذلك القانون الكنسى بإشراف « ناز » : السابق ، فترة ٤٢٦ .

الطلب الثاني في الشريعة اليهودية

١٢٩ مكرر (٢) - ضرورة الشكل الدينى وصورته : يعتبر الشكل الدينى. شرطاً جوهرياً لقيام الزواج في الشريعة اليهودية ، كما هو الشأن بالنسبة للمسيحيين . وتتمثل الشكلية عند اليهود في التقديس وكتابة العقد ، وصلاة البركة^(١).

والتقديس : هو التخصيص^(٢) ، ويتم بأن يقول الرجل للمرأة أمام الشهود^(٣) :
قدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئاً آخر ، بشرط أن يكون مملوكاً للرجل^(٤) . وعند القرائين « يسلم الرجل المهر كله أو بعضه قدماً أو عيناً إلى كبير الحاضرين ، وهو يسلمه إلى أبي الفتاة أو وكيلها أو إليها رأساً ، ولو أنه غير

(١) وتمس المادة ٥٦ من ابن شمعون على أن أركان العقد ثلاث : (الاول) : تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ولو بخاتم يحلها إليها يد بيد محضرة شاهدين شرعيين قائلاً لها بالعبرية تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئاً آخر . (الثاني) : العقد شريعياً مكتوباً . (الثالث) : الصلاة الدينية ، صلاة البركة ، بمحضرة عشرة رجال على الأقل . وهذا هو الحكم لدى القرائين ، فالمرأة ليست مقتناة إلا بثلاثة أشياء معاً : المهر والوثيقة. والتبول (انظر ص ٦٤ من شمار الحضر وما جاء بهامش رقم ٢) .
(٢) شمار الحضر ص ٦٤ .

(٣) وعند الربانيين يحضر شاهدان من الذكور ، فلا تقبل شهادة المرأة ولا شهادة الخنثى (م ٨٠٠) كما لا تقبل شهادة القاصر ولا المجنون (م ٧٩٣ و ٧٩٧ وانظر صفة عامة في الشهادة عند الربانيين مادة ٧٤٧ إلى ٨٠٣) . وهذا خلافاً للقرائين إذ يلزم ألا يقل عدد الحاضرين في المجلس عن عشرة رجال (ص ٧٥ شمار) . وهم يقبلون شهادة المرأة (ص ١٦٥ شمار الحضر . وانظر كذلك القراءون والربانون ص ١٣٩ - ١٤٠) . وانظر صفة عامة في الشهادة شمار الحضر ص ١٦٤ - ١٦٧) . ويبدو أن القرائين يقبلون شهادة المرأة في الزواج كما يقبلونها في غيره ، فقد جاء بحدود إثبات الطلاق أنه « تقبل شهادة الناقل عن غيره ولو كانت امرأة » (ص ١٣٩ شمار الحضر) .

(٤) ويلزم ألا يكون الخاتم بجعر ولو ثميناً (م ٥٨ من ابن شمعون) .

مستحسن أو أنه يلتزم به أمامهم . يفعل هذا ويشهدهم على نفسه بقوله : « بهمد طور سينا وبفرائض جبل حوريب قد خطبت وقدست لى فلانه بنت فلان لتكون لى زوجة على طهارة وقداصة بمهر ووثيقة وقبول كشرية سيدنا موسى وبني اسرائيل ^(١) » .

والتقديس ضرورى لدى الربانيين والقرائين ، وبدونه لا تعد الزوجة زوجة شرعا . وبه ترتبط الزوجة شرعا ، فلا تحل لآخر إلا بالطلاق أو الوفاة وإن كان لا يكفي وحده دون الركنين الآخرين ، فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقى أركان الزواج ^(٢) .

كتابة العقد : تعتبر كتابة العقد أمراً جوهرياً يبطل الزواج بدونه ، ولا ينفى التقديس عن هذا الاجراء ^(٣) . وعقد الزواج يعرف المبرية بكلمة « كتوباه » . ويجب أن يشتمل على ذكر المهر ، وحقوق وواجبات الزواج الشرعية ، وما يشترطه الزوجان على بعضهما مما لا يخالف الأصول أو الشرع ، وما يكون الزوج قد أخذه من الزوجة ، وما يجب لها عليه من مؤجل المصدق ^(٤) .

(١) شمار الحفر ص ٧٥ .

(٢) انظر المواد ٥٧ و ٦٠ و ٦١ من ابن شمعون . والنصل فى صحة التقديس يكون للسلطة العرسية (انظر م ٦٤ وانظر كذلك م ٦٥ من ابن شمعون) .

(٣) وتنص المادة ٦٦ من ابن شمعون . على أن « إقامة الرجل مع المرأة بشير كتابة عقد الزواج العرسى ممنوع ، ولو كان هناك تقديس » . وانظر أيضا المادة ٦١ . وتحصر شريعة الربانيين على هذا ، لدرجة أنها تجعل إقامة المرأة مع زوجها غير حلال شرعا إذا فقد عقد زواجها . فقد نصت المادة ٦٩ على أن « تحفظ الزوجة عقد زواجها عند نفسها أو عند من شامت من أهلها . وإذا فقد وجب تحرير عقد آخر فوراً » ، وإلا كانت إقامة الرجل معها غير حلال شرعا » .

(٤) م ٦٧ من ابن شمعون . وانظر أيضا ص ١٠٨ - ١٠٩ من شمار الحفر .

وعند القرائين يعتبر المقدس الكتابي أو الوثيقة أمراً جوهرياً . ولا بد أن يثبت المقدس كتابة ويوقع عليه الشهود المدلول (١) .

صلاة البركة : لا يحل للرجل الدخول على المرأة قبل أن يتم هذا الاجراء الديني كذلك ، وتم صلاة البركة بحضور عشرة رجال على الأقل ، في احتفال على . تمام فيه مراسم دينية معينة ، ويتم فيها تبريك الزوجين . فلذا ما تمت تلك المراسم الدينية ، يكون للرجل أن يدخل بزوجه وتحمل له (٢) .

(١) وقد جاء في شمار الحضر (ص ٧٠) أن « الوثيقة كناية عن العقد يثبت كتابة ويوقع عليه الشهود المدلول بأن بنت فلان » تزوجت من فلان بحضور كبار السن من بني إسرائيل بالشروط المدونة من نفقة وكسوة وغير ذلك مما توجيهه الشرعة للسيرة بينهما ، مما نعتته لنا يد السلف في مصنفاتهم . وإذا كان من رأى جمهور العلماء أن المخطوبة تمتد زوجة شرعاً ، فالواجب إثبات الخطبة أيضاً كتابة حتى لا تنقض إلا بالطلاق » . وانظر كذلك في صورة الوثيقة ص ٧٥ و ٧٦ من الشمار . وكذلك بالنسبة لما تضمنته الوثيقة ص ١٠٨ - ١٠٩ (٢) وهذا الحكم لدى الربانيين (انظر م ٧١ و ٥٦) والقرائين (انظر ص ١٠٧ - ١٠٨ شمار الحضر) .

فاذا دخل بمخطوبته دون هذه العلانية أولاً ، عد مميباً شرعاً ، ولو أن وصته لا تلحق ذريته . وما اتبع بنو إسرائيل طريقة الدعاء الشرعي بالسبح بركات إلا ابتغاء الجمع والعلانية . فالتبريك وحده . غير هذه العلانية لا عبرة به ، والاوجب استئثافه استيفاء للعلانية ضرورة كونها هي المقصود أصلاً . ولا فرق بين أن تكون بكرأ أو ثيباً . أو مطلقاً أو أرملاً . ولا يتم هذا الاحتفال الشرعي إذا كانت المرأة حائضاً (انظر شمار الحضر ص ١٠٨) .

وقد بين القراءون تفصيلاً ما يتم في هذا الصدد : يتتدى الاحتفال بأن يتقدم العروس وعلى رأسه المطلق . على تشيد ما يناسب من المزامير بين يدي أحد العلماء يتقدمه بشي المهر فيعطيه إلى العروس أو وكيلها ، ويحلف العروس بين يدي المهر . ثم يواجهونه بها فيعطيهما بشي المهر مخاطباً إياها بقوله « وعقدت عليك الى ما شاء الله » . ثم تقرأ وثيقة الزواج ، أو هي ووثيقة الجواز والحقوق .. ثم يوقع العلماء وغيرهم من كبار الحاضرين أسماهم ويقدم لها ما يكون متبغياً من المهر أو خاتماً .. سكرراً لها « عقدت عليك إلى الأبد » . والتقدم من هذه العبارة أن يكون القرآن بفضل الله إلى الأبد . ثم يباركها الموتق . وعلى ذلك السبح بركات مبدوءة ببركة الموتق . والسبح بركات هي بركة صير النعب ؛ وبركة خلق الكائنات . وبركة الانسان خاتم الملقق وأول المشيئة ومن لأجله خلق كل شيء ، وبركة خلق حواء والخامسة بركة كون =

ولما كان الغرض من الاحتفال السابق هو دخول الرجل بالمرأة . فإن هذا الاحتفال الشرعى يكون ممنوعاً في بعض الأوقات . وقد نص الرابانيون على أن الزواج ممنوع في أيام السبت وأيام الأعياد المنهى عن العمل فيها ، سواء أوائها أو أواخرها أو أوساطها . كذلك يمنع الزواج في النسمة أيام الأولى من شهر آب ، والأربعة وعشرون التالية لعيد الفصح ، وإن كان يجوز التدريس فيها عند الضرورة^(١) . وقد نص القراءون كذلك على الأوقات التي يمنع فيها الاحتفال الشرعى على النحو السابق^(٢) .

١٢٩ مكرر (٣) - **الانقطاع الدينى والتوثيق** : لا يقوم الزواج في الشريعة اليهودية إذا ما تخلف الشكل الدينى في الصورة المطلوبة من حيث التدريس وتحرير العقد ، والاحتفال العلنى بصلاة البركة . ولما كان من اللازم تحرير العقد كتابة ، لكي يقوم الزواج ، فإن التساؤل يثور عن صلة هذا الشرط بما نص عليه القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لأحكام التوثيق ، والذي جعل

= الغرض من خلقها التوالد ومعرفة الذات الطيبة ، والسادسة والسابعة بركة العروسين والحتام ذكر أورخليم أسفا ورجاء . . . ومن هذا الوقت تتم حلية الدخول بالمرأة . (انظر في هذا مفصلاً : شعار الحضر ص ١٠٨ - ١١١ ويراعى أن السبع بركات ولوائها ليست ركناً من أركان الزواج في ذاتها غير انها مع ذلك لازمة ومطلوبة وتشتط أيضاً فضلاً من كونها متبعة معمولاً بها لوجوب توافر العلانية ، ولأن من يدخل بأمراته قبل ذلك يد ميباً ، فضلاً عما لبركات من التحدث بسم الله ومن التين والتناول . . (انظر شعار الحضر ص ٦٥ بالهامش)

(١) المادتان ٥١ و ٥٢ من ابن شمعون ، كما نصت المادة ٧٠ على منع الزواج في أثناء أيام الحداد وهي ثلاثون يوماً . انظر كذلك المادتين ٧١ و ٧٢ .

(٢) فهم يمتنعون في فترة الحيض حتى تطهر المرأة ، كما يمتنعون في يوم الجمعة إكراماً لتسبعت ويوم الأحد لأنه تلو السبت ، وأيام الحداد والأيام المقدسة لئلا يمتنع عن العمل بها (انظر ص ١٠٨ من شعار الحضر)

توثيق عقود الزواج بين غير المسلمين من المصريين ، المتحدين في الطائفة والملة ، من اختصاص موقنين متدينين يعينون بقرار من وزير العدل .

رأينا عند كلامنا عن أحكام الشريعة المسيحية في هذا الصدد أن الفرض من تنظيم توثيق عقود الزواج هو الرقابة والاشراف عليها وإثباتها ، وأنه لم يقصد منه المساس بالاجراءات الدينية لدى الطوائف المختلفة .

ولما كانت كتابة العقد في الشريعة اليهودية تعد من الاجراءات الجوهرية ، فان من المفروض أن يتم هذا الاجراء ، إلى جانب عملية التوثيق التي يتولاها الموثق المنتدب ، حتى تستوفى الاجراءات الدينية ، ويتم الشكل الديني المطلوب . إلا أن هذا يعني تكرار إجراءات التوثيق ، نظراً لأن الموثق المنتدب هو من الناحية العملية رجل الدين المختص بإبرام عقود الزواج بين اليهود المتحدين في الطائفة والملة ، ولذلك فانه يكفي أن يقوم بعملية توثيق واحدة ، وهي التي يقوم باعتبارها موثقاً منتدباً . لكن ماذا يكون الحكم لو تخلف التوثيق على هذا النحو رأينا أن تخلف التوثيق لا أثر له على صحة الزواج في الشريعة المسيحية^(١) . ولكن الوضع هنا يختلف عنه في الشريعة المسيحية . ذلك أن تخلف التوثيق ، أو تحرير العقد في الشريعة اليهودية يعني تخلف شرط من الشروط الجوهرية ، وبالتالي لا يقوم الزواج . وعلى هذا إذا لم يتم توثيق الزواج أمام الموثق المنتدب ، أو إذا لم يحرر العقد أمام الجهة الدينية التي يتبعها الطرفان ، فإن العقد لا يقوم .

وإذا ما تم توثيق الزواج أمام الموثق المنتدب ، فان إثباته يكون بتقديم الوثيقة الرسمية التي قام الموثق بتحريرها . أما إذا فرض ولم يحرر الزواج أمام

(١) انظر ما سبق ، رقم ١٢٨ .

الموثق المتدب - وهو ما قد يتصور من الناحية العملية كما قدمنا بالنسبة للشرعة المسيحية - فإنه يتعين إثباته بتقديم المحرر المكتوب أمام الجهة الدينية ، طبقاً للاجراءات والقواعد التي وضعتها الشريعة اليهودية وهذا المحرر يعتبر ورقة عرفية^(٧) . وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن أن يتم الزواج طبقاً لأحكام شريعتهم ويقع صحيحاً ، حتى ولو لم يصل الزوجان إلى السن التي تستلزمها لأئمة الموثقين المتدبين لتوثيق الزواج وهي ١٨ سنة للرجل و١٦ سنة للفتاة .

المبحث الثالث

الجزء على شروط الزواج

١٣٠ - تقسيم الموضوع : انتهينا في المبحثين السابقين عن الكلام عن الزواج ، وبيننا أنه إذا ما توافرت تلك الشروط ، قام الزواج صحيحاً وترتبت عليه آثاره . أما إذا تخلف شرط منها ، فماذا يكون الحكم ؟ نعرض لهذا في كل من الشريعتين المسيحية واليهودية .

أطلب الأول

الجزء على شروط الزواج في الشريعة المسيحية

١٣٠ مكرر - تمهيد - الخدم حالات البطلان وآثاره : إذا ما تخلف شرط من شروط الزواج ، يثار الكلام عن الجزء الذي يترتب على تخلف هذا

(١) ومن المفروض أن هذا المحرر يظل موجوداً لدى الزوجة ، وهذا ما رأيناه بالنسبة للبرانيين ، إذ تلتزم الزوجة بحفظ عقد زوجها ، وإذا فقد وجب تحرير عقد آخر ، وإلا كانت إقامة الرجل معها غير حلال شرعاً (م ٦٩ من ابن شمعون) .
انظر مع ذلك ص ٨٧ من شمار الحفر .

الشرط . فقد يعقد الزوج دون أن يتوافر رضا الطرفين أو أحدهما ، كما أنه قد يعقد دون أن يكون الرضا سليما . ومن جهة أخرى قد يبرم بين طرفين يقسم بينهما مانع من الموانع التي تكلمنا عنها فيما سبق ، والتي لم يحصل تفسيح منها طبقا للقواعد الكنسية المنظمة للتفسيح أو الاعفاء من الموانع في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، هذا المانع الذي يقوم بين الطرفين ، قد يكون من الموانع المطلقة ، كما قد يكون من الموانع النسبية . وإلى جانب هذا وذاك قد يبرم الزواج بين الطرفين دون مراعاة للأشكال الجوهرية ، كما إذا تم الزواج المسيحي مدنيا ، دون أن يتم في الشكل الديني المطلوب . فماذا يكون الحكم في مثل تلك الحالات .

يمكن القول بصفة عامة ، إنه إذا تخلف شرط من شروط الزواج ، فانه إما أن يقع باطلا من أصله . وإما أن يكون قابلا للإبطال . وإذا ما قضى ببطلانه اعتبر كأن لم يكن ، ومن المفروض تبعاً لذلك أن يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . إلا أن تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للزواج تترتب عليها آثار بالغة الخطورة ، ذلك أنه إذا كان من الممكن - في نطاق العقود العادية - أن يعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد ، إلا أن أعمال هذه الفكرة في نطاق الزواج ليس ممكناً . فما هو الحكم مثلاً بالنسبة للأولاد ؟ ولهذا فإن الآثار التي تترتب على البطلان لا ينبغي إعمالها كلها بالنسبة للزواج .

على أن هذه الآثار الخطيرة التي تترتب على البطلان جعلت إبرام الزواج يحاط بإجراءات وقود خاصة به لا تحصل عند إبرام العقود العادية . هذه الإجراءات والقيود من شأنها أن تحد - بقدر المستطاع - من تلافى إبرام الزواج مع وجود سبب من أسباب البطلان .

فمن ذلك ما تقضى به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة من شهر الخطبة والاعلان عنها قبل إتمام الزواج . وقد سبق أن رأينا أنه يقصد من وراء ذلك إلى الكشف عن الموانع وإتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج^(١) . فالاعلان عن الزواج ، وما يستتبعه من الكشف عن الموانع والاعتراض عليه يعد من العوامل الهامة التي تحول دون انعقاد الزواج إذا ما كانت هناك مخالفة تستوجب بطلانه فيها بعد .

ومن ذلك أيضا ما سبق أن بيناه من أن على رجل الدين المأذون بإبرام العقد أن يتأكد بنفسه من عدم وجود مانع من الموانع ، كما أن عليه أن يتأكد من رضا الطرفين ، وبصفة عامة عليه أن يتأكد من ضرورة توافر الشروط المطلوبة .

كل هذا قصد به الحد من حالات البطلان ، وهي أمور تتخذ قبل أن يتم العقد ، لاقضاء احتمال بطلانه فيما بعد .

وإلى جانب ما سبق ، وفي سبيل الحد من خطورة الآثار التي ترتب على البطلان ، نجد أن القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة لا ترتب البطلان على تخلف كل الشروط والإجراءات اللازمة لإبرام الزواج . ولسكنها ترتب البطلان أولا بطل على تخلف الشروط الجوهرية فقط ، وهي قيام الرضا الصحيح وعدم

(١) إذ من طريق الاعلان عن الزواج يستطيع كل من يعلم بوجود مانع ينفذ في سبيله أن يكشف من هذا المانع مما يؤدي إلى تلافى إمكان بطلان الزواج فيما بعد إذا عقد مع قيام المانع . وإذا ما تأكد لدى رجل الدين قيام المانع الذي كشف عنه امتنع عن إبرام الزواج . ومن ناحية أخرى ، فمن للاعلان عن الزواج أهميته من حيث إتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج . ولا يمكن أن ينقذ الزواج إذا ما حصل عليه اعتراض طبقا للأوضاع التي تقضى بها القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ، إلا بعد الحكم في الاعتراض وبعد أن يصير الحكم نهائيا .

وجود مانع من الموانع وشرط الانقضاء الديني^(١). فإذا لم يكن الشرط من الشروط الجوهرية ، بل كان من الاجراءات التي تتم بمناسبة إبرام عقد الزواج ، فإنها لا ترتب على تخلف إجراء من هذه الاجراءات بطلان الزواج. من ذلك : عدم القيام بالإعلان عن الزواج^(٢). فقد يبرم الزواج رغم عدم اتخاذ إجراءات الإعلان عنه ، أو قبل انقضاء المدة التي تستلزم للحصول هذا الإعلان ، فلا يكون لذلك أثره على صحة الزواج^(٣).

وإلى جانب هذه الحالة الخاصة بعدم اتباع اجراءات الشهر ، فإن الزواج قد لا يبطل كذلك لإبرامه دون الحصول على إذن من الرئيس الديني الذي يتبعه الكاهن المأذون بعقده^(٤). كما لا يبطل كذلك إذا ما خولفت تلك

(١) مع مراعاة ما سبق أن يبناه في الفقرة ١٢٩ مكرر (١) بالنسبة لحالات الضرورة التي يمكن أن يتم فيها الزواج دون حضور رجل الدين ، باعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات كما يقولون . ومع مراعاة أنه قد لا يترتب البطلان على وجود المانع ، وأنه قد يحصل تفسير من المانع ، كما قد يتم تصحيح الزواج .

(٢) فقد سبق أن رأينا أن الأصل هو الاعلان عن الزواج قبل إتمامه حتى يتسنى لمن له اعتراض عليه أن يتقدم ، وحتى يتسنى كذلك لمن يعرف مانعا من الموانع أن يكشف عنه .

(٣) وكل ما هنالك أنه لما كان من واجب الكاهن المأذون بالمقدن تأكد قبل توثيقه من حصول الاعلان ، باعتباره إجراء سابقا على الزواج يجب اتخاذه ، فإنه يمكن أن يتعرض لجزاء إداري ، على أساس مخالفته لما تقتضيه القواعد الخاصة بطاقته . ويأخذ القانون الفرنسي بهذا الحكم ، إذ تقتضي المادة ١٩٢ منه بأنه إذا لم يسبق الزواج بالإعلان المطلوب ، أو إذا لم تراعى الترتبات المنصوص عليها بين الاعلان والزواج ، فإنه يقع على موثق الحالة المدنية غرامة لا تتجاوز ٣ آلاف فرنك ، كما توقع كذلك على الزوجين غرامة تتناسب مع قدرتهما المالية (ينظر النص) . وانظر كذلك : جيل الشرفاوي : الزواج في القانون الفرنسي المقارن (١٩٥٩/٥٨) فقرة ٤٣ ص ١٢٢ .

(٤) ذلك أن القواعد الخاصة بكثير من الطوائف المسيحية تستلزم الحصول على مثل هذا الاذن قبل إبرام الزواج ، ولكن منها ما لم يرتب جزاء على مخالفة هذا الاجراء ومعنى ذلك أنه

الاجراءات التي تتصل بالمراسيم الدينية ، طالما أنها لا تمس جوهر شرط الانعقاد الديني ذاته ، كالخطأ في تحرير وثيقة الزواج ، أو عدم قراءتها على الحاضرين بعد تحريرها ؛ بل إن تخلف توثيق عقد الزواج نهائيا ، لا يترتب عليه بطلان العقد في ظل الوضع الحالي . لأن القانون لم يقرر جزاء على إهمال توثيق العقد^(١) .

وبالإضافة إلى ما سبق فإن الأحكام الخاصة ببعض الطوائف لا ترتب البطلان على كل الموانع ، وقد سبق لنا أن رأينا أن الطوائف الكاثوليكية تفرق بين الموانع المحرمة prohibitifs والموانع المبطلّة dirimants للزواج ، ولا تبطله إذا عقدت مع وجود مانع من النوع الأول ، وإن كان من شأن هذه الموانع أن تجعل الزواج حراما من حيث الديانة فقط^(٢) .

كما أن من بين القواعد الخاصة ببعض الطوائف ما لا يرتب البطلان على

= إذا تم الزواج بدون الحصول على هذا الإذن ، لدى الطوائف التي لم ترتب جزاء على مخالفته فإنه يقع صحيحاً ، وكل ما هنالك أن الكاهن الذي يبرم قد يتعرض للعزائد الإدارية ، كما هو الشأن في حالة إتمام الزواج دون اتباع قواعد الاعلان . انظر مع ذلك المادة ٢٠٢ من أرمين أرنودكس حيث تجبل من اجراء الزواج دون تعريض من الرئيس الديني سببا مبطلا للزواج بطلا مطلقا .

(١) انظر في استبعاد المخالفات التي لا يترتب عليها البطلان ، جيل الشراوى ، الكتاب الثاني (١٩٥٩/٥٨) ، السابق ، فقرة ١٢٢ ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٢) وقد عدت الارادة الرسولية هذا النوع من انواع وهي النذر البسيط أى الترهيب الصغير ، والترابة الناشئة من التبن ، والوصاية إذ لم تكن القوانين المدنية تعتبرها من الموانع المبطلّة ، واختلاف المذهب أو ما يسمونه بالزواج المختلط (انظر المواد ٤٨ - ٥٠ من الارادة الرسولية) . والسلطة الكنسية العليا أن تتحدد متى يتجزأ القانون الالهى للزواج محرما أو بإطلا ولهذه السلطة قسما أن تبين موانع أخرى (انظر المادة ٢٨) . وانظر في هذا أيضا : المواد ٥٠ وما بعدها من القواعد التي جمها فيليب جلال ، السابق ص ٤٦٢ .

إتمام الزواج في أثناء فترة العدة . فالعدة إذا كانت مانعا من الزواج ، طالما أن مدتها لم تنقض بعد ، إلا أنه إذا وقعت المخالفة وتم الزواج لا يعد باطلا ، ذلك أنه إذا كانت الحكمة من تحريم الزواج خلال فترة العدة هي منع اختلاط الأنساب ، فإنه إذا ما حصل زواج جديد أصبح هذا الاختلاط أمرا محتملا ، ولا يغير البطلان من الأمر شيئا ، فيصبح بلا فائدة ^(١) . ومع ذلك فائنا لا نعتقد أن هذا هو المسلك السليم ؛ بل ينبغي أن يبطل الزواج إذا ما تم في فترة العدة ، صيانة للأنساب . وفي عدم إبطال الزواج في هذه الحالة تشجيع على ارتكاب المخالفة . ثم إنه ينبغي ألا نجعل الخطي . يستفيد من خطئه بالابقاء على زواجه . وقد رأينا أن تقرير العدة أمر يوجب النظام العام . ولهذا ينبغي أن يقرر البطلان بالنسبة للطوائف المختلفة .

وفي سبيل الإقلال من حالات البطلان بالنسبة للزواج وما يترتب على ذلك من آثار سيئة ، يلجأ كذلك إلى التفسيح أو الإعفاء من الموانع . والتفسيح هو « رفع إلزام الشريعة في حالة خاصة » ، تقوم به الكنيسة بالنسبة لأبنائها فترفع عنهم التزامات يفرضها الشرع عليهم ، وذلك حينما يبدو لها من المصلحة أن تفعل هذا . وهي تفعل ذلك طبقا لإجراءات وشروط معينة نظمها القواعد الخاصة ببعض الطوائف تنظيما شاملا ^(٢) .

(١) وهذا هو مسلك القانون الفرنسي ، وهو يكتفي في هذه الحالة بتوقيع العقوبة على موق الحالة المدنية . كما أن هذا هو ما قال به فقهاء الكنيسة القبطية الأرثوذكسية (انظر ما سبق عند كلامنا عن مانع العدة رقم ١١٥ مكرر) إذ لا يجلون الجزاء على الزواج في فترة العدة هو البطلان .

(٢) انظر المواد ٣٢ وما بعدها من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية . وانظر كذلك المواد ١١٧ وما بعدها من القواعد التي جمعها فيليب جلا ، السابق ص ٣٨٨ . والرسالة الخلفية : العدد سالف الذكر مقال بعنوان « التفسيح في موانع الزواج » بقلم الحوري باخوس الفغالي ، ص ٧٩ وما بعدها . Fournere ، السابق ص ٢٧٢ وما بعدها .

وعلى الرغم من كل ما يندلج من محاولات فى سبيل تلافى بطلان الزواج والحد من حالاته ، فان من المتصور مع ذلك أن يقوم زواج دون أن يستوفى الشروط اللازمة لقيامه ، وفى هذه الحالة يثار الكلام عن البطلان وأنواعه ، كما يثار الكلام عن الآثار المترتبة عليه ، هذه الآثار التى لا يمكن أن يعمل فى شأنها منطق البطلان فى العقود العادية بإرجاع الطرفين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد .

وبهذا نتضح لنا خطة البحث ، فتكلم أولاً عن بطلان الزواج وأنواعه ، ثم تكلم بعد ذلك عن آثاره ، حيث نبين كيف تأخذ هذه الآثار وضعا خاصا فى نطاق الزواج .

الفرع الأول بطلان الزواج

١٣١ - **البطلان والتطليق - أنواع البطلان :** إذا ما كان الزواج باطلا ، فالأصل أنه لا يرتب أى أثر من الآثار باعتباره عملا قانونياً . ولكنه مع ذلك قد يرتب آثاراً عرضية باعتباره واقعة مادية . وبطلان الزواج يختلف عن إنهائه بالتطليق . فالبطلان جزاء على عدم استتباع المقصد لشروطه اللازمة لانقاده أو لصحته ، كتحلف الرضا أو وجود عيب فيه ، أو كما إذا وجد مانع من الموانع المبطلّة للزواج ، أو إذا لم يتم الزواج فى الشكل الذى المطلوب ، والأمر على خلاف ذلك فى حالة التطليق . إذ يقوم العقد صحيحاً ، ثم تنفصم الرابطة الزوجية فيما بعد لسبب من أسباب التطليق . وفى هذه الحالة الأخيرة يطلب إلى القاضى فى دعوى التطليق إنهاء الرابطة الزوجية ، ويتم ذلك بالنسبة إلى المستقبل فقط ، أما فى حالة دعوى البطلان فان القاضى يقرر أن الطرفين لم

٤١ . الأحوال

يكونا بدأ متزوجين ، وأن رباطهما لم يتخذ قط صفة أو طابع الزواج ، على الرغم من المظهر الذى ظهر فيه الطرفان ، سواء فى نظرهما أم فى نظر الآخرين^(١) .

وإذا كان ما يقرر فى حالى البطلان والتطليق يختلف ، فإن الأساس الذى يستند إليه بالنسبة لكل منهما يختلف كذلك . فى حالة البطلان ، يقوم - كما قدمنا على تخلف فى الرضا ، أو وجود مانع من الموانع ، أو تخلف شرط الانعقاد الدينى ، أما فى حالة التطليق ، فانه - عند المذاهب التى تبيحه - يقوم فى حالات محددة سنعرض لها عند كلامنا على انحلال الرابطة الزوجية . ومن ناحية أخرى ينبى أن يراعى أن أسباب التطليق تستمد من وقائع لاحقة على الزواج ، فالزواج يقوم صحيحاً بين طرفيه ثم تطرأ وقائع يستند إليها كأسباب للتطليق ، وهذا بخلاف البطلان ، إذ أنه يستند إلى وقائع سابقة أو معاصرة لتبادل الرضا بالزواج

(١) Fournier ، السابق ص ٢٢٧

ويقرب هذا مما تقتضى به الشريعة الإسلامية من حيث التفرقة بين الطلاق والنسخ . فالطلاق إنهاء للعقد الزواجى فى الحال إذا كان طلاقاً بائناً أو فى الاستقبال إذا كان رجياً ، مع تقرير الحقوق السابقة ، أى دون أثر رجى وهو لا يكون إلا فى الزواج الصحيح .

أما النسخ فهو رفع الزواج من الأصل وجعله كأن لم يكن . وهو يكون لسبب مقارن للعقد كأن تكون المرأة محرمة على الرجل بسبب الرضاع مثلاً أو تكون زوجة لغيره أو ممتدة حين العقد ... كما قد يكون لسبب طارئ على العقد بعد تمامه كارتداد أحد الزوجين عن الإسلام أو ارتكاب أحدهما مع أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

(انظر فى هذه التفرقة وفى طبيعة كل من الطلاق والنسخ : عمر عبد الله : أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية ، السابق ص ٣٨٨ - ٣٩٢ . محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى ، الطبعة الأولى ١٩٥٦ ص ٢٤٦ - ٣٥٠ . محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ٢٧٢ - ٢٧٥ - ٢٧٧ م ١)

ولهذا فان المقد لا يقوم بين الطرفين ، بل يعتبر باطلا من أصله ^(١) .

وللتفرقة بين انقضاء الزواج بالتطليق ؛ وانقضائه بالطلاق أهمية كبيرة تظهر في أنه إذا كان التطليق لا يجوز إلا في حالات محددة لدى بعض المذاهب . وأن المذهب الكاثوليكي لا يبيح انقضاء الزوجية على أساسه في أية صورة من الصور ، فان الأمر بالنسبة للطلاق يختلف عن ذلك ، إذ يمكن أن يقضى به . متى توافرت أسبابه ، حتى بالنسبة للشريعة الكاثوليكية التي لا تبيح انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق . ولهذا ينبغي الحذر عند الحكم بالطلاق ، حتى لا يتوصل الأفراد الى إنهاء الرابطة الزوجية ، ولو عن طريق التحايل ، وحتى يوصل الطريق في سبيل كل راغب في إنهاء هذه الرابطة ، اذا لم يجد سبيل الطلاق مفتوحا أمامه .

ويتقسم الطلاق إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي ؛ وهذا هو التقسيم الذي أخذ به القانون المدني . والطلاق المطلق يتمسك به كل ذي مصلحة ، بل والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة . أما البطلان النسبي فانه يقرر لأحد المتعاقدين ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك به . وتأخذ القواعد الخاصة ببعض الطوائف بهذا التقسيم . ومن استعراضنا للقواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس تبين أنها تفرق بين هذين النوعين من البطلان ، وتجهل من كل منهما جزءا في حالات معينة . وقد تأثرت قواعد الأقباط في هذا الصدد إلى حد كبير بطلاق الزواج في القانون المدني الفرنسي . وتكلم أولا عن البطلان النسبي ، ثم عن البطلان المطلق ، ونعرض لبيان مدى ما أخذت به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة في هذا الصدد .

(١) وهذا ما يكون في حالة البطلان المطلق . وهو ما يكون كذلك في حالة البطلان النسبي ، إذا ما طلب إبطال المقد وقضى به .

١٣٢ - **أولا : البطلان النسبي :** نظمت مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٥٥ ^(١) البطلان النسبي ، فينت الحالات التي يقوم فيها ، ثم حددت من له التمسك به في كل حالة من هذه الحالات ، والمدة التي يسقط فيها والحق في التمسك به .

ويعتبر الزواج باطلا بطلانا نسبيا في حالة ما إذا وجد الرضا معيبا ، وكذلك في حالة زواج القاصر بشير إذن عليه .

ففي الحالة الأولى ، إذا وجد عيب من عيوب الرضا على النحو الذي سبق بيانه ^(٢) ، كان لدى المصلحة من الزوجين ، وهو من لم يكن حرا في رضائه أو من وقع في غلط في الحالات السالف بيانها ، أن يعطى في الزواج بالبطلان ^(٣) . فالطعن بالبطلان لا يكون إلا بمن عيب رضاه ، فلا يثبت لغيره ، ولا ينتقل إلى ورثته ، لأن هذا الحق من الحقوق الصيقة بشخصه ^(٤) .

(١) وكذلك مجموعة سنة ١٩٣٨ في المواد ٣٧ وما بعدها

(٢) أنظر فيما سبق فقرة ١٠٠ وما بعدها .

(٣) وتنفي المادة ٣٦ من مجموعة سنة ١٩٥٥ للإقباط بأنه : « إذا كان الزواج بشير رضاه الزوجين أو أحدهما صادرا عن حرية واختيار ، فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذي لم يكن حرا في رضائه . وإذا وقع غش في شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن في الزواج إلا من الزوج الذي وقع عليه الغش . وكذلك الحكم فيما إذا وقع غش فردا عن بكاررة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وتثبت أن بكاررتها أزيات بسبب سوء سلوكها ، أو في خلوها من الحمل وتثبت أنها حامل » .

وهذا هو الحكم عند الأرومن الأرثوذكس (انظر المادة ١٧) .

(٤) ومع ذلك فإنه يمكن القول بأنه إذا لم يكن للورثة رفع دعوى البطلان ليعب في الرضا ، فإن لهم متابعتها إذا كانت قد رفضت من مورثهم قبل وفاته . وهذا ما يأخذ به فريق من الفقه الفرنسي في صدد كلامهم عن له حق التمسك ببطلان الزواج ليعب في الرضا (انظر جيل الشرقاوى : الزواج في القانون الفرنسي المقارن ، السابق ، فقرة ٤٨ من ١٦٣ والمراجع المشار إليها في هامش ٣) .

ولكى قبل دعوى البطلان في هذه الحالة يشترط أن ترفع في ظرف شهر من الوقت الذي يزول فيه الإكراه ، ويصبح فيه الزوج متمتعا بكامل حريته .
أو من الوقت الذي يعلم فيه بما وقع من غلط ، أو من وقت علمه بالفش " .
ويلزم في هذه الحالة ألا يكون قد حصل اختلاط زوجي بين الطرفين منذ الوقت الذي زال فيه الإكراه أو تكشف في حقيقة الأمور .

فاذا انقضى شهر على زوال الإكراه ، أو من تاريخ العلم بالغلط ، ولم يطلب البطلان ، استقر وجود العقد نهائيا . وكذلك الحال إذا حصل اتصال زوجي بعد زوال حالة الإكراه أو العلم بالغلط ، إذ في هذه الحالة يعتبر ما قام به من تقرر البطلان لمصلحته من اتصال بالزوج الآخر ، يعتبر رضا بالزوج ، وزولا عن التمسك بالبطلان ، وهذا الفعل يعد إجازة ضمنية (٣) .

(١) وهذا هو ما نص عليه كذلك في المادة ١٨ لومين .

(٢) وتنص المادة ٣٧ من مجموعة سنة ١٩٥٥ على هذا بقولها : « لا تقبل دعوى البطلان في الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعا بكامل حريته » أو من وقت أن علم بالفش . ويشترط أن لا يكون حصل اختلاط زوجي من ذلك الوقت » .

هذا وتقرر الخلاصة القانونية في حالة عدم رضا الزوجين أو أحدهما بالزوج بين ما إذا كان جد عقد الزواج لم يختلط بيمينها كأزواج ، أو أنهما أجبرا قهراً على الدخول بدنيا لكنهما تنافرا وانفصلا عن الفراش من المبادئ جملة ولم يعودا يتفقان ويمتزجان امتزاجا زوجيا . وفي هذه الحالة توجب الشرعة « فسخ » الزواج بعد التحقيق الدقيق ، وبين ما إذا كانا قد اختلطا بيمينها كأزواج بعد عقد الزواج فلا يفرقات : لأن إخلالها دليل على رضاها بيمينها .

وبالنسبة لفش في البكارة تقرر الخلاصة أنه ان كان من جهة البكارة كمن يخاطب واحدة على أنها بكر ثم يجدها بخلاف ، بحيث ينكر على ذلك ويتشكى منه ويتقدم عن مخالفتها من بادئ الأمر ولا يمتزج معها كزوج قطعا » (أنظر المسألة ٣٥ من الخلاصة) .

وقد قضى في هذا الصدد في أنه « إذا أظهر الزوج في أكثر من موضع وبجلاء ووضوح =

وقد طبق القضاء الأحكام السابقة . وقرر أنه إذا تراخى الزوج في رفع دعوى البطلان فلم يرفضها إلا بعد شهر وتسعة أيام من اكتشاف النش الذي يعيب الرضا ، فإن الدعوى تكون غير مقبولة . كما قرر كذلك أنه يشترط أن يكون الغلط في البكارة أو عدم الحمل مردودا إلى غش وقع على الزوج ، فإذا كان الزوج على علم بأن الزوجة حامل فلا يقبل دعواه ^(١) .

ومما تنبئ ملاحظته في هذا الصدد أن القواعد سالفة الذكر لم توضع حداً أقصى لا تكون الدعوى مقبولة باتقضائه مما يتيح لمن وقع عليه إكراه أو أوقع في الغلط أن يتمسك بالبطلان بعد فترة طويلة ، بحجة أن حالة الإكراه قد ظلت خلال تلك المدة أو أن الغلط لم يتكشف إلا بعد تلك الفترة الطويلة ، وفي هذا مدعاة لعدم الاستقرار وتوسع في إعطاء الفرص لابطال الزواج . وتلافياً لمثل هذا نجد أن القواعد الخاصة ببعض الطوائف (طائفة الأرمن الأرثوذكس) تضيف إلى الأحكام السابقة أن الدعوى لا تكون مقبولة ، على كل ، بعد مضي ستة

= رضاه من زوجته التي وجدها ثيباً ، وقبوله بمآلتها ، وإرساله لها خطاباً ينطوى على حب عميق لها ، ورغبته في إعادة الحياة الزوجية ، يدل على قبوله لها ورضائه عنها ... ويزيد تأكيد رضا الزوج عن زوجته ورضاه دعوى طاعة ... فلا يسوغ للزوج بعد ذلك أن يطلب « التطلق » وقد مضى ما يقرب من الستين علي اكتشافه انتفاض بكراتها » (الاسكندرية الكلية في ١٩٥٧/٥/٢٨ رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ كلى غير منشور . والحكم يقرر أنه لا يسوغ طلب « التطلق » ولكن الذي ينبغي طلبه في هذه الحالة هو البطلان لا التطلق . فهو يخلط بين التطلق والبطلان ؛ إذ أن هذا الأخير هو الجزاء إذا ما توافرت الشروط في حالة النش في البكارة (أنظر المادتين ٣٦ و ٣٧ من مجموعة الأقطاب الأرثوذكس لسنة ١٩٥٥) .

(١) أنظر محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٧/٤/٢٤ القضية رقم ٤٩ سنة ٧٤ ق . وانظر في هذا الصدد أحكاماً أخرى أشار إليها وفتت خفايا ، ورابع جمه ، المرجع السابق من ٢٧ - ٣٠ .

أشهر من الزواج ، ولو لم تحصل معاشرة^(١) ، وهذا تحديد مقول في الواقع ، حتى لا تترك الرابطة الزوجية فترة طويلة ممددة الكبان ، مما يجعل من المستحسن تعميم هذا الحكم بالنسبة للطوائف الأخرى .

٢- أما في الحالة الثانية ، وهي حالة عقد زواج القاصر بدون إذن وليه ، فإنه لا يجوز الطعن إلا من الولي أو من القاصر . ولا تقبل دعوى البطلان من الزوج ولا من الولي متى كان الولي قد أقر الزواج صراحة أو ضمنا ، أو كان قد مضى شهر على علمه بالزواج . ولا تقبل الدعوى أيضا من الزوج بعد مضي شهر من بلوغه سن الرشد^(٢) .

هذا بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية^(٣) . أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية

(١) أنظر المادة ١٨ من مجموعة الأوامر وتضيف كذلك أنه في حالة النش في البكارة يجب أن يبلغ الأمر إلى البطريركية خلال أربع وعشرين ساعة من الاتصال الجنسي ، أي تكشف اليب .

وقد تسكلت مجموعة **العمريان** الأرثوذكس من شروط دعوى الإبطال بالنسبة لزوال البكارة واشترطت لقبولها أن ينصكر الزوج على زوجته ذلك « ويشتركي منها ، ويستمد عن مخالفتها من بادئ الأمر ولا يمتزج معها كزوج قطعا » . وهذه العبارة مأخوذة من المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية . (أنظر هامش ص ٢٥٠ ٦٤٥ سابق) مع مراعاة أنه يجب أن يثبت أن عدم وجود غشاء البكارة كان بأسباب النفس حتى يمكن فسخ الزواج . فإن كان بمرض من العوارض الطبيعية وأن المرأة طاهرة الذليل ، كان الزواج صحيحا لا يمكن فسخه ، وهذا لا يمكن إثباته إلا بشهادة الأطباء (مادة ٨١ سريان) .

(٢) المادتان ٣٩ و ٣٨ من مجموعة سنة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس . وانظر كذلك المادتين ٢٠ و ١٩ من مجموعة الأوامر ، وهم ' مطابقتان للأحكام السابقة لدى الأقباط . ويمكن أن يحل بالقواعد التي أخذ بها في هذا الصدد بالنسبة لطائفتي الروم والسيريات الأرثوذكس حيث لم تنظم قواعدم أحكاما مماثلة . (احمد سلامة ، الذكريات السابقة ، ص ٥٩) .

(٣) أما بالنسبة لفرنسنتات فيسكن تطبيق القواعد التي أخفت بها الطوائف الأرثوذكسية في شأن هيوب الرضا .

فانه لا يوجد لديهم - على ما يبدو- هذا النوع من البطلان. إذ القواعد الخاصة بهم تتكلم عن عدم صحة الزواج أو بطلانه ، فتصفه بأنه غير صحيح *invalide* أو أنه باطل *nul* ^(١). فإذا تم الزواج بطريق الإكراه كان باطلا ، وكذلك الأمر في حالة الخطف إذا ما توافرت شروطه ، وفي حالة الغلط . على التفصيل الذي يبناه من قبل عند كلامنا عن الرضا ^(٢). ولهذا ينبغي أن يدخل في الاعتبار أن الإرادة الرسولية عندما تكلمت فيما بعد (المواد ١٢٢ وما بعدها) عن تصحيح الزواج الباطل فإن هذا لا يعنى في حالة الإكراه أو الغلط تصحيح الزواج من الأصل ، أى من وقت العقد . ولكن هذا التصحيح يتم من وقت صدور الرضا من جديد من شاب رضاء عيب من العيوب بعد زوال العيب ، وبشرط أن يستمر الرضا الذى صدر من الطرف الآخر (١٢٥، إرادة) .

١٢٣ - **ثانيا: البطلان المطلق** : يكون الزواج باطلا بطلانا مطلقا في حالات ينسبها القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة ، هذه الحالات يمكن جمعها بصفة عامة في ثلاث ، وهي انعدام الرضا ووجود مانع من الموانع ، وتختلف الشكل الدينى المطلوب ، أى عدم إتمام الزواج طبقا للراسم الدينية المطلوبة .

١ - انعدام الرضا : الرضا عنصر جوهري من عناصر الزواج تتفق القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة على ضرورة توافره ^(٣) . ولا بد أن يكون هذا الرضا

(١) أنظر المادة ٦٤ والمواد ٧٢ وما بعدها من الإرادة الرسولية .
(٢) وبطلان الزواج في كل تلك الحالات هو ما يؤخذ به أيضا بالنسبة لقواعد الخاصة بالكاثوليك التي جمعها فيليب جلاد ، وهو يعتبر الإكراه والخطف والغلط من الموانع المبطله للزواج . أنظر المواد ٩٦٦ و ٩٦٧ و ١١٢ .

(٣) فابادة ١٦ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط تنص بأنه «لازواج إلا برضا الطرفين» وإذا كانت المادة ٤٠ من المجموعة نفسها لم تضع جزءا على تخلف الرضا ، إلا أن البطلان هو الجراء على انعدام الرضا (أنظر كذلك جيل الشرقاوى ، السابق (الكتاب الثانى ٨٠ - ١٩٥٩ - ص ٤٨٢ وهامش ٢) . وهذا هو ما حصل به كذلك بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية الأخرى ، وأنظر كذلك المادة ٩ من القواعد الخاصة بالانجليكان ، والمادة ٧٢ من الإرادة الرسولية لكاثوليك .

حالا ، فلا يعتد الزواج إذا ما علق على شرط أو اقتران بأجل ^(١) . كما أنه لا بد من توافر الإرادة فلا يعتد بالإرادة المنعقدة كإرادة الصبي غير المميز والمجنون ، ولا يعتد كذلك بالإرادة التي لم تنبج إلى أحداث أثر قانوني كإرادة الهازل ، فتخلف الإرادة الحقيقية تجعل العقد باطلا ^(٢) .

وعلى ذلك ففي كل حالة يندم فيها الرضا الحقيقي بالزواج ، كما في الحالات السابقة أو في حالات أخرى كالسكر الذي يعدم الإرادة أو التوهم المغناطيسي ، فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا .

٢ - وجود مانع من موانع الزواج : فوجود مانع من موانع الزواج على التفصيل الذي سبق لنا بيانه يجعل الزواج باطلا بطلانا مطلقا إذا كان من الموانع المبطلّة ، سواء تعلق الأمر بالموانع التي تقوم على القرابة بصفة عامة ، أو تعلق بمانع من الموانع الأخرى ، مع مراعاة أن من الموانع ما يختص به بعض الطوائف المسيحية دون البعض الآخر ، وأن من بين تلك الموانع ما لا يرتب عليه البطلان ^(٣) .

٢ - تخلف الشكل الديني المطلوب : إذ في هذه الحالة كذلك يبطل الزواج وذلك لأن الانعقاد الديني عنصر جوهري من عناصر الزواج في الشريعة المسيحية ^(٤) .

(١) أنظر فيما سبق فقرة ٩٦

(٢) ما سبق ، فقرة ٩٧

(٣) أنظر في تفصيل الموانع المبطلّة للزواج في الشريعة المسيحية بصفة عامة ، ما سبق فقرة ١٠٥ وما بعدها . وانظر ما سنقول به بالنسبة لمانع السن بصفة خاصة في الفقرة التالية بصدد كلامنا عن تصحيح الزواج ، وكذلك ما سبق أن قلناه في الفقرة السابقة بصدد الاعفاء من الموانع .

(٤) على أن يراعى - بطبيعة الحال - ما سبق لنا بيانه من وجود حالات استثنائية يصح فيها الزواج دون حضور رجل الدين (انظر المادة ٨٩ من الإرادة الرسولية) ، كما يراعى أيضا ما سبق لنا بيانه بالنسبة لصحة الزواج في الخارج ، أو أمام رجل دين من غير أبناء الطائفة التي يتبناها الزوجان وانظر كذلك في القول بأن الزواج يشرع متعديا لدى الأقباط الأرثوذكس في هذه الحالة : جيل الشرفاوى ، السابق ٥٨ - ١٩٥٩ ص ٨٥ .

هذه بصفة عامة هي حالات البطلان، فإذا ما وجدت حالة منها كان الزواج باطلا. وهو يكون كذلك، حتى ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولي القاصر. وللزوجين وكل ذى شأن حق الطعن فيه^(١). وينبغى أن يراعى أنه لا يكفي أن يوجد سبب البطلان حتى يعتبر الزواج باطلا، بل لا بد أن يطلب البطلان ممن تقرر لصالحهم أو من كل ذى مصلحة، سواء كان ذلك عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع. ولما كان حق طلب البطلان من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإنه لا ينتقل إلى ورثة الزوجين، هذا ما لم تكن الدعوى به قد رفعت، كما ينأى في الفقرة السابقة، من المورث قبل وفاته.

الفرع الثاني

آثار البطلان

١٣٤ - تمهيد : اتينا فيما سبق من بيان حالات البطلان، سواء كان مطلقا أو نسبيا. وجدير بالذكر أن الحالات التي يقضى فيها يبطلان الزواج حالات نادرة. لما يحيط بإبرامه منذ الخطوات الأولى من إجراءات، من حيث الإعلان عنه وفتح باب الاعتراض وإتاحة الفرصة للكشف عن الموانع، بل وفتح السبيل إلى الإغفاء منها في بعض الحالات... كل هذا تقاديا لإثارة فكرة

(١) المادة ٤٠ و ٤١ من مجموعي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقتباط الأثرودكس. وتنص المادة ٢١ من مجموعة الأوامر على أن كل زواج يعقد على خلاف ما تقضى به المواد ١ (عدم بلوغ السن) و ٥ (عقد زواج ثان مع قيام السابق) و ٦ و ٧ (مانع القرابة) و ٩ (مانع التبني) و ١٠ فترة أولى (اختلاف الديانة) و ١١ (المجنز الجنسي) و ١٢ (العدة) و ١٣ (التصريح من الرئيس الديني) و ١٤ (الشكل الديني) - يجوز الطعن فيه دائما إما من الزوجين وإما من ذى مصلحة في هذا الطعن، وإما من الرئيس الديني. والبطلان المنصوص عليه في هذه المادة مطلق ولا يمكن إيجازته بأي عمل كان ».

البطلان فيما بعد لما لها من آثار خطيرة ، إذ أن الأمر لا يقف عند إزالة أثر عقد تم ، وإنما يمتد إلى تدمير أسرة وهدم مجتمع صغير ، وخاصة بعد أن يتم الاتصال الجنسي بين الطرفين اتصالاً من شأنه أن يؤدي إلى التناسل ، لدرجة أن الكنيسة الكاثوليكية كانت في مرحلة من تاريخها تعلق أهمية كبرى على تلك المخالطة الجسدية ، وكانت ترى أن الزواج لا يعتبر سراً مقدساً إلا بالمخالطة . وإذا كانت هذه النظرية قد هجرت الآن وأصبح الزواج يعتبر سراً مقدساً في نظرها بمجرد العقد الصحيح ، ولو لم تحصل مخالطة جسدية ، إلا أنها لازالت تفرق بين الزواج المقرر المكتمل الذي حصل فيه الاتصال الجنسي ، وبين الزواج غير المكتمل ، أى الذى لم تحصل فيه المخالطة الجسدية . فقررت فى الحالة الأولى ، أن الزواج غير قابل للحل بأى سلطان بشرى ولا أى سبب ، خلا الموت . أما فى الحالة الثانية وهى حالة الزواج غير المكتمل ، فهو قابل للانحلال فى حالات محدودة نصت عليها الإرادة الرسولية للطوائف الشرقية ^(١) .

القاعدة أن الحكم بالبطلان يزيل الزواج لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، بل وأيضاً بالنسبة إلى الماضى . ويعتبر الزواج كأن لم يكن . وفى هذه الحالة يصبح من حق أى شخص أن يتمسك بهذا الوضع ، حتى ولو كانت دعوى البطلان قد قررت لأشخاص معينين ، لأن الزواج أو عدم الزواج وصف يلحق الشخص فى علاقاته بجميع الناس . ولهذا لا يخضع الحكم الصادر بالبطلان لقاعدة نسبية الأحكام وعدم حجيتها إلا بين الخصوم ^(٢) . ويترتب على ذلك أن الأولاد

(١) انظر المادتين ١٠٧ و ١٠٨ من الإرادة الرسولية .

(٢) انظر فى هذا Colin. Capitant : Traité de droit civil, réfondu par

Léon Juliot De La Morandière- t, 1, 1957, Nos 1002 et 802.

وكذلك : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق (طبعة سنة ١٩٥٠ جزء أول) فقرة ١٠٢٤ وما بعدها . أحمد سلامة : مذكراته السابقة ص ٥٠ .

الناجين من الزواج الذى يحكم بطلانه يعتبرون غير شرعيين ، كما ينقضى الالتزام بالنفقة بين الزوجين^(١) . بل وتنقضى كل الحقوق التى تثبت لأى منها استناداً إلى الزواج الذى كان بينهما ، وتعتبر الملاقة التى تمت بين الرجل والمرأة فى الفترة السابقة على الحكم بالبطلان ، بمثابة المعاشرة غير المشروعة . وبصفة عامة يماذ الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل قيام زواجهما الباطل ، ويرد كل منهما ما تسلمه من الآخر ، لكونه غير مستحق له . وإذا كان أحد الطرفين قد آل إليه ميراث من الطرف الآخر الذى توفى قبل صدور الحكم بالبطلان ، فانه يجب عليه أن يرد ما أخذه على سبيل الميراث إلى ورثة المتوفى المستحقين للميراث منه . كل هذا يترتب على فكرة الأثر الرجعى للبطلان^(٢) .

(١) ومع ذلك فان النفقة يظل محكوما بها الى أن ينقضى بالبطلان فعلا . وهذا ما أقره القضاء . فقد حكم أنه « إذا دفع الزوج بأن العقد إذا وقع باطلا لما شابه من إكراه وتدليس ، فان هذا لا يمنع من الحكم للزوجة بنفقة زوجية . ذلك أن المادة ١٤١ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس تنقضى بوجوب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح ، وطالما أن عقد الزواج الذى يربط المدعى عليه بزوجته لازال قائما ولم ينقض بطلانه فعلا ، فان المدعى عليه يكون ملزما بأداء نفقة زوجته » (جزئى الاسكندرية فى ٣٠ أبريل ١٩٥٦ رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٦ - غير منشور) .

(٢) مذكراتنا السالفة لطلبة كلية الحقوق ، (عام ١٩٥٧) ص ١٣٠ . وترتبطا على فكرة الأثر الرجعى للبطلان نظمت القواعد الخاصة ببعض الطوائف حكم المهر إذا كان قد أتفق عليه . فخصت المادة ٧٣ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ على أنه « فى حالة الحكم ببطلان الزواج ، إذا كان السبب آتيا من قبل الرجل وكانت المرأة تعلم به فعلا ، وإن كانت لا تعلم به فلها مهرها . وإذا كان السبب آتيا من قبل المرأة والرجل يعلم به ، فلها أن تستولى على مهرها . وإن لم يكن عالما به ، فلاحق لها حق المهر » . وانظر كذلك المسألة ٢٨ من الخلاصة القانونية ، وكذلك ابن السال ، السابق ص ٢٠٠ - ٢٠١ . وفى كلامه عما يفسخ به الزواج ص ٢١٣ وما بعدها . وانظر كذلك بالنسبة للأثر الرجعى للبطلان : كولان وكايتان مع جوليو دولا موراندبار ، السابق فقرة ٩٩٤ ص ٥٩٢ - ٥٩٣ . بلانيول وريير وبولانجي ، السابق فقرة ١٠٣٢ وما بعدها .

ولكننا رأينا أن تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للزواج يعد أمراً خطيراً ،
ولذلك اتجهت القواعد الكنسية إلى الحد من حالات البطلان ومن قاعدة
الأثر الرجعي بالنسبة له ، فلبّأت إلى فكرة تصحيح الزواج ، كما رُتبت على
الزواج بعض الآثار رغم بطلانه ، كما بقاء نسب الأولاد من أيهم وأُمهم طبقاً
لما ثبت في شهادة الميلاد . بل إن من التشريعات ما لجأ إلى الحد من أثر قاعدة
الرجعية بالنسبة لبطلان الزواج ، قرر استبعادها إذا أبرم الزواج بحسنة ،
وهذا ما يحدث في حالة الزواج الظني^(١) . ونعرض فيما يلي لتصحيح الزواج ،
ثم للزواج الظني .

١٣٥ - تصحيح الزواج : رأينا أن قواعد القانون الكنسي تعتمد إلى
التقليل من حالات البطلان والحد من آثاره ، لما يترتب على ذلك من آثار
سيئة بالنسبة للزواج . وتمسكاً مع هذه السياسة يلجأ القانون الكنسي في بعض
الحالات إلى تصحيح الزواج الباطل ، وبصفة خاصة إذا ما زال السبب الذي
يؤدي إلى البطلان ، وذلك كما لو كان هناك مانع من الموانع وسقط هذا المانع
من تلقاء نفسه أو عن طريق تدخل أحد الطرفين . مثل ذلك حالة مانع السن ،
بأن كان أحد الزوجين أو كلاهما صغيراً لم يبلغ سن الزواج ثم بلغه ، فيزول
المانع من نفسه . وكما إذا كانا مختلفي الملة مثلاً ، ثم غير أحدهما ملته بحيث أصبح
متحداً مع الطرف الآخر . .

وإذا كانت القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية تنظم هذا الموضوع
فإن الطوائف الكاثوليكية بصفة خاصة قد لجأت إلى تنظيمه عن طريق وضع

(١) انظر كذلك بالنسبة للحد من الأثر الرجعي للبطلان . كولان - كايتمان وجوليور
دولا مورنديار ، السابق فقرة ٩٩٥ من ٥٩٢ .

قواعد عامة مفصلة . ونعرض لتصحیح الزواج أولا لدى الطوائف الأرثوذكسية التي نظمت ثم تعرض له لدى الطوائف الكاثوليكية .

١ - أما بالنسبة للالقيبط الارثوذكس ، فان مجموعة سنة ١٩٥٥ لم تعرض لهذا الموضوع وإن كانت مجموعة ١٩٣٨ قد تعرضت لحالة مانع السن ، فقررت أنه إذا كان الزواج معقوداً قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج ، فانه لا يجوز الطعن فيه ، مع ذلك ، إذا كان قد مضى شهر من وقت بلوغ الزوج أو الزوجين السن القانونية ، أو إذا حملت الزوجة ، ولو قبل اقضاء هذا الأجل ^(١) . ومعنى ذلك أن البطلان يزول ولا يحق أن ترفع به دعوى بعد مضي المدة المنصوص عليها من وقت البلوغ أو بعد حمل الزوجة على النحو السابق . ولم يشر النص إلى تجديد الرضا بالزواج بعد البلوغ .

ولعل ما جاءت به الخلاصة القانونية في هذا الشأن يعتبر أكثر وضوحا وتفصيلا . فقد ذكر فيها ^(٢) أن من الموانع « ما يمنع الزواج من قبل ، لكن لا يوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، وهو مجرد عدم البلوغ والرضى إكراهها بحيث يكون من اقترنا على أى هاتين الحالتين قد اتفقا فيما بعد وامتزجا » .

(١) وقريب من هذا ما نصت عليه المادة ٢٢ من القواعد الخاصة بالالومن اذ بد أن نصت المادة ٢١ على أن الزواج الذي يتم على خلاف السن القانونية عديم (وهي ١٨ و ١٦ سنة مادة ١) يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ، جاءت المادة ٢٢ وخرجت على هذا بنسبها على أنه « إنما يذحل الزواج بين شخصين لم يبلغا السن المقررة للزواج ، أولم يبلغ أحدهما هذه السن خلا يجوز الطعن فيه : ١ - إذا كان قد مضى ستة أشهر على بلوغها ، أو على بلوغ القاصر منها من الزواج ٢ - إذا حملت الزوجة التي كانت دون السن قبل مضى ستة أشهر على بلوغ السن » .

(٢) المسألة ١٧ ، القسم الثاني - وكلمة مانع المشار إليها في هذا الصدد واسمة يدخل تحتها كذلك عدم الرضا بالزواج .

والواقع أن هذا يعد تصحيحاً للزواج باتفاق الطرفين بعد البلوغ^(١). هذا الاتفاق قد يستدل عليه ضمناً من الظروف كما بينت الخلاصة فيما بعد بالنسبة لعدم الرضا . فقد فرقت المسألة ٢٥ بين حالة ما إذا كان الزوجان قد اختلطا أو لم يختلطا ، وقررت أنه إن كان الطرفان قد « اختلطا ببعضهما كأزواج بعقد الزواج ، فلا يفرقان ، لأن اختلاطهما دليل على رضاهما ببعضهما » . وتضيف المسألة نفسها بالنسبة لمانع السن أن « عدم بلوغ السن المقرر . . وإن كان مانعاً لمعد الزواج ، لكن إذا وقع سهواً أو جهلاً أو تفريطاً ، ثم امتزج الزوجان ببعضهما فلا يلزم الفسخ . وإن لم يمتزجا ، كأن تكون الزوجة صغيرة فيلزم انتظارها إلى أن تبلغ السن المناسب لاختلاطها مع زوجها^(٢) » .

وتضيف الخلاصة القانونية إلى ما سبق موانع أخرى يمكن تصحيح الزواج فيها إذا زال المانع ، وذلك في حالة عدم النصرانية وزنا المرأة المشتبه الثابت والارتباط بشكل الرهينة فعلاً . هذه الموانع وإن كانت موجبة للفسخ لكن « إذا زال السبب ، كما لو آمن بالمسيح من كان غير مؤمن بإيماناً حقيقياً صريحاً جلياً ، أو ثابت الزانية توبة نصوحة ، أو تنزل الراهب عن رهبته فعلاً ورغب الفريشان في الاستمرار ، فللرئيس الشرعى أن يميز لهذا ذلك ، إذا كان صائباً » .

(١) انظر ما سبق لنا يانته بالنسبة لمانع السن ، فقرة ١٠٦ وخاصة ص ٤٩٧ وهامش ٣ وكذلك ٤٩٩ وهامش رقم ٢ .

(٢) ويجعل ابن تليق عدم البلوغ والرضى إسكراها من الزيجات المكروهة المستقبعة «لق يمنع سببها الزواج ، ونسكن إذا اتفق الزواج معها لم يفسخ بهذا السبب (ص ٢٢ ملحق ابن الصال) . ويقول ابن الصال (ص ٢٠٣ - ٢٠٤) : لا يكون تزويج إلا أن يترامى المتزنان والذين هما في حجرهم ، وأن يكونوا بالنين . . . والمزوجة دون ذلك (بلوغ السن) إنما تصير زوجة ناموسية إذا صارت قابعة الرجل .

وواضح على أى حال أن رضا الطرفين بالزواج يعتبر أمراً جوهرياً يترتب عليه تصحيحه باقائهما بعد زوال المانع^(١). هذا الرضا يعد مسألة جوهريّة في جميع الحالات وعند جميع الطوائف الأخرى التي تعمل على تصحيح الزواج، كما سنرى فيما يلي عند الكلام عن التنظيم الذي وضعته شريعة الكاثوليك .

ومهما يكن من الأمر فإن هناك من صور البطلان ما هو قابل للزوال فيما بعد ، وفي هذه الحالة ، لا توجد للطرفين مصلحة في طلب بطلان الزواج ، بل

(١) وهذا ما حرصنا على إبرازه في الطبعة الأولى من هذا الكتاب . فلكي يتم التصحيح يجب أن يزول المانع وأن يتم تراخي الطرفين بالزواج بعد زوال هذا المانع باقائهما صراحة أو ضمناً . وهذا هو الشرطان اللذان تستلزمهما الشريعة الكاثوليكية لتصحيح البسيط كما سنرى حالا . ومع ذلك فإن البعض (أحمد سلامة ط ٢ السابق رقم ٢٩٦ ص ٦٥٦-٦٥٧) قد انتقد قولنا إن هذا بعد تصحيحا لدى الارتودكس ، مع أن شرطي التصحيح الذي يقول به الكاثوليك يتوافران هنا أيضاً . ويقول أيضاً رأيه إن « هذه النصوص تتحدث عن أثر الإجازة أو من أثر مضي المدة على الزواج الباطل أو الفاسد للإبطال » ومن ثم فالزواج الذي عقدتأكد صحته ولا يقوم الزوجان بصدده بأي إجراء جديد .. ». والواقع أن الحالة التي عرضنا لها أساساً هي حالة الزواج دون بلوغ السن . والجزاء فيها هو البطلان المطلق ، ولا أثر للإجازة أو مضي المدة في تصحيحه ، وهو ما يسلم به صاحب الرأي نفسه (المرجع السابق رقم ٢٩٩ ص ٦٤٨ ومع ذلك فإنه يقول في موضع آخر (رقم ٢٨٩ ص ٦٤٧) أن عدم بلوغ الصبي السن المقررة للزواج هو بطلان نسبي . ولا شك أن القواعد الخاصة بالطوائف تجعل منه بطلاناً مطلقاً . (أنظر مثلاً مادة ٤٠ لسنة ١٩٥٥ أقباط ومادة ٢١ أرمن) . ومن ناحية أخرى فإننا نستند في القول بالتصحيح إلى ما جاء يكتب فقهاء الأقباط ، وأشارنا إلى أن مجموعة ١٩٣٨ عديم ، كما هو الشأن بالنسبة لمجموعة الأرمن (٢٢ م) لم تشر إلى اتخاذ أي إجراء بعد البلوغ ، وأيداً ما جاء يكتب الفقهاء ، وهو ما رأينا العمل به والذي يقضى بأنه ينبغي أن ينقضي الطرفان بعد البلوغ ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنيّاً . هذا فضلاً عن أنه يمكن القول بأن المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٣٨ أقباط والمادة ٢٢ أرمن ترمضان صورة خاصة بتصحيح زواج تم من قبل ، ونفس خاص ، نظراً لاتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً بعد البلوغ في حالة ، أو بأجازة « الرئيس الشرعي » في الحالات الأخرى التي أشارت إليها الخلاصة القانونية ، وذلك متى ظهرت إرادة الطرفين ورغبتهما في الاستمرار في الزواج .

إن المصلحة العامة تقضى بذلك حرصاً على مصالح الأسرة والأولاد . والواقع أنه لاخير من ذلك طالما أن الزواج يتم تصحيحه باتفاق الطرفين بعد زوال المانع أو بعد زوال سبب البطلان بصفة عامة^(١).

٢ - أما بالنسبة للعوائف الكاثوليكية ، فقد فرقت القواعد الخاصة بهم بين التصحيح البسيط للزواج والتصحيح من الأصل . وتكلم بإيجاز عن كل من هذين النوعين^(٢).

(١) التصحيح البسيط : La revalidation simple وفي هذا الصدد يفرق بين ما إذا كان بطلان الزواج بسبب مانع من الموانع المبطلّة ، أو بسبب تخلف الرضا ، أو تخلف الشكل الديني المطلوب .

١ - البطلان بسبب المانع : يشترط لتصحيح الزواج في هذه الحالة أن يقف المانع^(٣) (cesse) أو يصدر إعفاء منه . كما يلزم إلى جانب ذلك أن يصدر عن الطرف الذي يعلم بقيام المانع - أو من الطرفين - رضا جديد . والقانون الكنسي يتطلب صدور هذا الرضا الجديد ، حتى ولو كان قد صدر رضا

(١) ويبدو أن القضاء عندنا يؤيد هذا النظر : أنظر حكم محكمة دمنهور الابتدائية في ١٠ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ١ س ٥٦ ، كلى ، والمنصورة الابتدائية في ٣٠ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ١٣٦ و ١٩٢ س ٥٦ ، أشار إليها خفاجي وراج ، السابق ، ص ١٤ و ١٦ و ١٧ على التوالي .

(٢) ولن يربد المزيد في هذا الموضوع أن يرجع إلى De Smet ، السابق ص ٦٤٩ وما بعدها . و Fournier ، السابق ص ٣٢١ وما بعدها . و « ناز » السابق فقرته رقم ٤٦٠ وما بعدها ص ٤٠٧ وما بعدها . وهذه المؤلفات في الفقه الكنسي الغربي ، وهي تعتبر شرحاً لما جاء في الإرادة الرسولية في المواد ١٢٢ - ١٣٠ نظراً لتقارب النصوص إلى حد كبير في هذا الصدد .

(٣) كما لو كان المانع متعلقاً بالسن ، وبلغ الشخص الذي قام لديه المانع سن الزواج .

بازتواج من كل من الطرفين منذ البداية ، حتى ولو لم يعدل عنه منذ ذلك الحين . هذا التجديد الرضى يعتبر ضماناً لقبول الزواج بعد زوال المانع ، يصدر ممن كان يعلم ببطلانه . فالتجديد ينبغى أن يكون عملاً جديداً للإرادة بالنسبة لزوج معروف أنه باطل منذ البداية^(١) ، هذا بالنسبة لشروط التصحيح .

أما عن صور modalités التصحيح في حالة البطلان بسبب المانع فنفرد الإرادة الرسولية بين حالة ما إذا كان المانع من الموانع الظاهرة الشائعة public ، وفي هذه الحالة ينبغى أن يتجدد رضا الطرفين في الشكل الذى يتطلبه القانون ، وبين ما إذا كان المانع غير ظاهر ، أى مستتراً occulte^(٢) وكان معلوماً في الوقت ذاته من الطرفين ، ففي هذه الحالة يكفى أن يتجدد رضا كل منهما بصورة خاصة en privé وسراً secrètement . أما إذا كان خفياً ومجهولاً من أحدهما ، فانه يكفى أن يجدد من يعلم به رضاه بصورة خاصة وسراً بشرط أن يستمر الرضا الذى صدر من الطرف الآخر^(٣) .

٢ - البطلان لتخلف الرضا : - إذا كان الزواج باطلاً لتخلف الرضا ، فان تصحيحه يتم متى صدر الرضا عن الطرف الذى تخلف رضاه ، وبشرط أن يظل رضا الطرف الآخر بالزواج قائماً .

أما عن صور التصحيح في هذه الحالة فانه يفرق بين فرضين : في فرض

(١) أنظر المادتين ١٢٢ و ١٢٣ من الإرادة الرسولية لكاثوليك .

(٢) أنظر في التفرقة بين هذين النوعين من الموانع ، ما سبق رقم ١٠٥ ص ٤٩٢ .

(٣) أنظر المادة ١٢٤ من الإرادة الرسولية .

أول حيث يكون تخلف الرضا بالزواج باطنياً محضاً^(١) (interieur) . وفي هذه الحالة يكفي أن يرضى الطرف ، الذى تخلف رضاه الباطنى ، رضاء باطنياً على أى وقت لاحق على إبرام الزواج ، فيصير بذلك ولا مطمئن عليه . وفي الفرض الثانى حيث يكون تخلف الرضا بالزواج قد ظهر إلى العالم الخارجى ، ينبغى أن يظهر الرضا ويميز عنه فى العالم الخارجى ، سواء تم ذلك فى الصورة العادية وفى الشكل الذى يتطلبه القانون - بحضور رجل الدين والشهود - وذلك متى كان تخلف الرضا ظاهراً شامثاً public ، أو على العكس من ذلك يتم الرضا بطريقة خاصة وسراً متى كان تخلفه مستتراً غير ظاهر occulte^(٢) .

٣ - البطلان لتخلف الانقياد الدينى : إذا كان الزواج باطلا لتخلف الشكل الدينى فإنه يجب أن يعاد العقد من جديد فى الشكل المشروع ، مع تبادل الرضا أمام الكاهن المختص والشهود . وهذا بطبيعة الحال متى كان الشكل الدينى إلزامياً^(٣) . وكثيراً ما يحدث أن يتخلف الأفراد عن القيام بالاجراءات الدينية اللازمة للانقياد ويكتفون بإبرام زواج أمام موثق الحالة المدنية فى البلاد التى تقر الزواج المدنى^(٤) .

(١) أى لم تكن هناك إرادة حقيقية فقد يحدث فى الظاهر أن تجيب الفتاة مثل غيرها على أسئلة الكاهن حين العقد ، دون تردد ، وفى هذه الحالة وإزاء موقفها المادى لا ينبغى لأحد أن يشك فى أنها لم تكن تصدر فى ذلك عن رضا تام بالزواج . انظر فى هذا Fournier السابق ، ص ٣٢٥ وهامش رقم ٤ .

(٢) انظر فى هذا : المادة ١٢٥ من الإرادة الرسولية ، و Fournier السابق ، ص ٣٢٥ - ٣٢٦ . والمادة ١٢٣ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيليب جلا .

(٣) فقد يتم الزواج دون حضور رجل الدين كما قدمنا .

(٤) انظر المادة ١٢٦ من الإرادة الرسولية ، وكذلك المادة ١٢٣ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيليب جلا .

(ب) **التصحيح من الأصل** : *Convalidation radicale* : وهو تصحيح غير عادي للزواج يتم في أحوال استثنائية^(١) ، وتتكلم في إنجاز عن ماهيته أو طبيعته ثم عن تطبيقه ، وعن السلطة التي تمنح هذا التصحيح .

ماهية : تصحيح الزواج من الأصل عمل تصحيح به الكنيسة الزواج الباطل عن طريق إعفاء الزوجين من تجديد رضاها الذي أصدره من قبل ، مع إعفاؤها لما قد يوجد من الموانع أو تقريرها أن هذا المانع قد زال واقضى . هذا العمل الذي تقوم به الكنيسة ينتج - عن طريق الحيلة القانونية - أثراً رجعياً بالنسبة للآثار الكنسية للزواج .

ويكون التصحيح من الوقت الذي يصدر فيه العفو . أما الأثر الرجعي فإنه يمتد إلى الوقت الذي تم فيه تبادل الرضا بالزواج . وذلك ما لم يقرر غير ذلك حراحة في قرار التصحيح نفسه . فالكنيسة لا تعتبر الزواج صحيحاً منذ الوقت الذي صدر فيه قرار التصحيح فحسب ، ولكن عن طريق الحيلة القانونية ، تعامل الزوجين كما لو كان القانون الكنسي لا يمنع انعقاد المقد وقت أن تبادل الطرفان الرضا به^(٢) .

والاعفاء من تجديد الرضا يمكن أن يمنح حتى دون علم أحد الطرفين ، أو دون علمهما معا . بل ومن الممكن أن يتم ذلك ضد رغبتهما^(٣) .

(١) ويرد القانون الكنسي تحت عنوان « *Sanatio in radice* » . وقد نظمت الإرادة -

الرسمية ، على نخط القانون الكنسي الغربي ، في المواد ١٣٧ - ١٤٠ .

(٢) ولهذا الرجعية أثرها بالنسبة لشرعية نسب الأولاد في الفترة التي كان فيها الزواج باطلا . وإلى جانب ذلك يمكن القول بقراب الأثر الرجعي حتى ولو مات أحد الطرفين أو كلاهما .

ويمنح هذا الأثر بصفة خاصة بالنسبة لتصحيح نسب الأولاد (أنظر هامش ١ ص ٤١١ : من القانون الكنسي بإشراف « ناز » المرجع السابق) .

(٣) أنظر المادة ١٣٧ من الإرادة الرسولية . وأنظر كذلك Fourneret ، السابق .

ص ٢٢٧ - ٢٢٨ . والقانون الكنسي بإشراف « ناز » ، السابق ، فقرة ٤٦٦ :

ص ٤١٠ - ٤١١ .

تطبيقه : إذا كان الزواج باطلا لتخلف الشكل أو بسبب وجود مانع ،
نقح هذه الحالة إذا تم الزواج برضا الطرفين رضا ، كافياً من الناحية الطبيعية
لتسكوين المقد ، كان من الممكن أن يرد عليه التصحيح من الأصل ، بشرط أن
يكون الرضا الصادر من قبل قد استمر إلى وقت صدور التصحيح ، ولا يهيم في
هذه الحالة كون الرضا غير مجد من الناحية القانونية ، نظراً لوجود مانع مبطل من
الموانع الكنسية أو نظراً لتخلف الشكل المشروع^(١) . إذا تم الرضا على النحو
أمكن للكنيسة أن تلجأ إلى التصحيح . لكن على العكس من ذلك إذا كان
الزواج قد أبرم مع وجود مانع من موانع الحق الطبيعي *droit naturel*
أو الإلهي *divin* فإن الكنيسة لا تمنح التصحيح من الأصل ، حتى ولو توقف
المانع ، أو حتى من وقت زواله^(٢) .

أما إذا كان الزواج باطلا لتخلف الرضا ، سواء كان هذا التخلف لدى
أحد الطرفين أو كليهما ، فلا يرد عليه تصحيح من الأصل . وتخلف الرضا إما
أن يكون منذ البداية ، وذلك في حالة ما إذا لم يصدر رضا حقيق بالزواج ، وإما
أن يتخلف فيما بعد ، وذلك إذا ما صدر ثم عدل عنه بعد صدوره . وقد يحدث
أن يتخلف الرضا منذ البداية ، ثم يصدر بعد ذلك في وقت لاحق خلال الحياة
المشتركة بين الطرفين ، في مثل هذا الفرض يمكن التصحيح من الأصل ،
لكن لا يمتد الأثر الرجعي له إلا إلى الوقت الذي صدر فيه الرضا ، لا إلى
الوقت الذي بدأت فيه حياة الطرفين المشتركة . فالهم إذن - لكي يمكن أن
يكون هناك تصحيح للزواج الباطل - أن يوجد الرضا في وقت ما ، أثناء الحياة

(١) أنظر أمانة على تخلف الشكل وقيام المانع في Fourneret ، السابق ص ٢٢٨ و ٢٢٩

(٢) أنظر المادة ١٢٨ من الإرادة الرسولية .

المشتركة للطرفين ، ولا يكون التصحيح إلا من ذلك الوقت فقط^(١).

السلطة التي تمنحه : تصحيح الزواج من الأصل يكون للكرسي الرسولي فقط . ومع ذلك فإن البطريرك السلطة في منح التصحيح من الأصل في الحالات التي لا يعترض فيها على صحة الزواج إلا لتخلف الشكل أو لما منع يمكنه هو التصحيح منه (مادة ١٣٠ من الإرادة الرسولية) .

١٣٦ - الزواج الظني (mariage putatif) : الزواج الظني زواج باطل إلا أن بطلانه لا ينتج أثراً إلا بالنسبة للمستقبل فقط ، وذلك نظرًا لحسن نية الزوجين . أو أحدهما . أما بالنسبة للفترة السابقة على الحكم بالبطلان ، فإن آثار البطلان لا تمتد إليها ، بل يترتب على قيام العلاقة فيها بين الزوجين نفس الآثار التي تترتب على العلاقة الزوجية إذا كان الزواج صحيحاً .

وفكرة الزواج الظني التي أخذت بها التشريعات المدنية في الوقت الحاضر فكرة مستمدة من القانون الكنسي . ولم تكن هذه الفكرة معروفة في القانون الروماني ، كما أنها لم تظهر في التشريع الكنسي اللاتيني إلا في القرن الثاني عشر^(٢) . والسري في الأخذ بهذه الفكرة هو الرغبة في تلافى النتائج التي تترتب

(١) أنظر المادة ١٢٩ من الإرادة الرسولية .

(٢) ولا تعرف الفريضة الإسلامية اصطلاح الزواج الظني ، ولكن قد تترتب على العقد الباطل أو الناسخ بعض آثار الزواج . ويفرق بالنسبة لترتب هذه الآثار بين ما إذا كان قد حصل دخول حقيق أم لم يحصل . فقبل الدخول الحقيقي لا يترتب على العقد الباطل أو الناسخ أية آثار ، ويفرق بين الزوجين . أما بعد الدخول الحقيقي فإنه يفرق بينهما ، ومع ذلك تقرب بعض آثار الزواج الصحيح ، من ذلك وجوب المدة بعد التفريق ويستمر إبتدائها من هذا الوقت ، وثبوت النسب إذا حملت المرأة من هذا الزواج وتوافرت شروط هذا الثبوت على الوجه الشرعي ، كما يقرب على الدخول كذلك في هذه الحالة وجوب المهر وحرمة المصاهرة (أنظر في هذا الموضوع : عمر عبد الله ، السابق ص ٨٧ - ٩١ . محمد يوسف موسى ، السابق فقرة ١٣٩ وما بعدها ص ١١٠ - ١١٣ . محمد أبو زهرة السابق ، فقرة ٤٢٢ وما بعدها) .

على البطلان - نظراً لكثرة حالاته - بالنسبة إلى الماضي . ويمكن القول بصفة عامة إنه يجوز إعمال أحكام الزواج الظني بالنسبة للطوائف المسيحية المختلفة ، نظراً لأهمية الأخذ بنتائجه من الناحية الاجتماعية ، كما سنرى عند الكلام عن الآثار التي تترتب على تطبيق فكرة الزواج الظني .

وسنعالج فيما يلي - بصفة عامة - شروط الزواج الظني وآثاره على ضوء ما جاءت به مجموعة الأقباط الأرثوذكس^(١) ، فقد نصت المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ (وقابل المادة ٤٤ من مجموعة ١٩٣٨) على أن : « الزواج لدى حكم بطلانه ، يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما ، إذا ثبت أن كليهما حسن النية ، أى كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذي يشوب العقد » .

« أما إذا لم يتوافر حسن النية إلا من جانب أحد الزوجين دون الآخر ،

(١) والنس الذي جاءت به هذه المجموعة منقول عن المادتين ٢٠١ و ٢٠٢ من القانون المدني الفرنسي . أما بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية الأخرى فقد وردت أحكام هذا الزواج بالنسبة للأرمن في المادتين ٢٣ و ٢٤ من مجموعهم . وإذا كانت شرعية السريان والروم لم تورد أحكام هذا الزواج ، فإنه يمكن الأخذ بالأحكام الخاصة بالطوائف الأخرى بالنسبة لتأبى هاتين الطائفتين (أحد سلامة ، السابق ، ص ٥٢) . ولا نرى مانعاً من إعمال الآثار المترتبة على الزواج الظني بالنسبة للأنجليكان وإن لم يرد عنهم نص بشأن الزواج الظني - وخاصة ما تعلق من تلك الآثار بثبوت النسب وما يترتب عليه .

وبالنسبة لكاثوليك تكلمت المادة ٤/٤ من الإرادة الرسولية من الزواج الظني فنصت على أن الزواج غير الصحيح يقال له ظنياً متى عقد أمام الكنيسة بحسن نية من أحد الطرفين على الأقل ، وذلك طالما أن بطلانه لم يصر محققاً لها . ففرض وجود زواج ظني هو عقده أمام الكنيسة ، مع توافر حسن نية أحد الطرفين على الأقل .

وبالنسبة لآثار هذا الزواج لدى الكاثوليك أعطت المادة ١٠٣ من الإرادة الرسولية للأولاد الذين حل بهم أو ولدوا من زواج ظني حكم هؤلاء الذين حل بهم أو ولدوا من زواج صحيح ، من حيث الشرعية . وانظر كذلك المادة ١٠٥ من هذه الإرادة .

فالزواج لا يترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهذا الزوج ولأولاده المرزوقين له من ذلك الزواج^(١) .

أولاً : شروط الزواج الظنى : إذا كان حسن النية شرطاً لازماً بالنسبة للزواج الظنى ، فإنه يوجد شرط آخر ينبغي النظر إليه لقيام الزواج الظنى ، وهو شرط وجود مظهر قانوني للزواج . فلكي يعتبر الزواج ظنياً يلزم أن يكون هناك مظهر للزواج وأن يتوافر حسن النية .

(١) المظهر القانوني للزواج : يلزم أن يتوافر هذا المظهر ، فإذا تخلف لا يوجد هناك زواج ظنى . وبعبارة أخرى إن الزواج الباطل فقط هو الذي يمكن أن يكون ظنياً . أما إذا كان الزواج متعمداً ، فإنه لا يمكن أن يؤخذ من عدم آثار قانونية . فإذا كان هناك اتحاد في جنس الزوجين مثلاً ، أو إذا تخلف شرط العلانية كلية كأن يكتفى الطرفان بتبادل الإيجاب والقبول فيما بينهما فقط ، لا ينشأ مركز قانوني ، ومن المستحيل ، حتى ولو عن طريق الحيلة ، أن يؤخذ من هذا عدم البحث أقل أثر قانوني^(٢) .

(٢) حسن النية : ويشترط لشي يوجد هناك زواج ظنى كذلك أن يكون

(١) وتنس المادة ٢٣ أرمي على أن « الزواج الذي حكم بطلانه يترتب عليه مع ذلك آثاره المدنية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذ ثبت أن كليهما حسن النية » . كما تنس المادة ٢٤ على أنه : « أما إذا كان حسن النية مقصوراً على أحد الزوجين ، فلا يتبع الزواج آثاره المدنية إلا بالنسبة لهذا الزوج ولأولاده المرزوقين له من ذلك التاريخ » .

(٢) بلانول وريير ، وبولانجي ، السابق ، فقرة ١٠٤٣ وانظر كذلك فقرة ١٠٤٤ و١٠٤٥ . جيل الشراوى : الزواج في القانون الفرنسي والمغاربي (سنة ١٩٥٩/٥٨) ص ١٧٦ - ١٧٩ .

كل من الزوجين أو أحدهما على الأقل حسن النية^(١) (de bonne foi). وحسن النية المطلوب في هذه الحالة هو جهل سبب البطلان ، أى ينبغى أن يمتد الطرفان أو أحدهما على الأقل ، وقت الزواج ، أن زواجهما صحيح . ويظل الزواج كذلك غنيا طالما لم يصير بطلانه محققا لها^(٢) . وفي هذه الحالة قد يكون حسن النية ناشئا عن جهل تخلف شرط من شروط الزواج التى يتطلبها القانون الكنسى ، كوجود مانع يمنع قيام الزواج بين الطرفين ، وقد يكون الاعتقاد في صحة الزواج على هذا النحو وليد غلط في الواقع ، كما إذا جهل الزوجان مثلا رابطة القرابة أو المصاهرة التى تربطهما . كأن يتزوج شخص بأخته مثلا وهو يجهل أنها أخته . أو غلط في القانون ، كما إذا تزوج عم أو خال بنت أخيه أو بنت أخته جاهلا نص القانون الذى يعتبر القرابة فيما بينهما مانعا من الزواج ، إذ في هذه الحالة يعلم الشخص بقرابته له ، ولكنه يجهل أن القرابة حتى الدرجة الثالثة تعتبر مانعا مبطلا للزواج .

وحسن النية هنا يلزم أن يكون في الوقت الذى يبرم فيه الزواج . فإذا زال حسن النية بعد ذلك ، بأن علم الزوجان سبب البطلان ، فلا أثر لذلك العلم على وجود الزواج الفعلى . فيجوز الاعتداد به حتى بالنسبة للآثار التى تترتب بعد زوال حسن النية ، طالما أن البطلان لم يترور ، أى أنه يعتد بالآثار التى تترتب على الزواج

(١) فإذا كان الزوجان سيئ النية ، لا يقوم الزواج الفعلى ولا تترتب آثاره ، وبالتالي يربط البطلان آثاره بأثر رجعى . ومع ذلك فقد يثار الأمر بالنسبة لترتب بعض الآثار بمناسبة هذا الزواج الباطل إذا حصل دخول بين الزوجين كما تنفـى بذلك الشرعة الإسلامية مثل وجوب البدة على المرأة ... (أنظر ما أشرنا إليه في بداية هذا الـتـنـدس ٦٦٢ هامش ٢ . وأنظر أيضا بالنسبة لما قرره القضاء الفرنسى في هذا الصدد ، وهو قريب من حكم الشرعة الإسلامية: أحد سلامة السابق ط ٢ رقم ٣٠٣ من ٦٦٩ - ٦٧٠) .

(٢) وهذا ما نصت عليه كذلك الإدارة الرسولية في المادة ٤/٤ .

الظني في الفترة بين العلم بسبب البطلان والحكم به . وعلى ذلك فإن الأولاد الذين يولدون بعد زوال حسن النية فيدون من الزواج الظني ويعتبرون شرعيين طالما أنهم ولدوا قبل الحكم بالبطلان .

أما عن إثبات حسن النية في صدد الزواج الظني ، فقد ثار الجدل حوله . ولكن الرأي الأرجح الذي سار عليه القضاء الفرنسي يقرر أن حسن النية مفترض . فإذا ما أريد استبعاد آثار الزواج الظني ، فإنه يتعين على من يريد ذلك أن يقيم الدليل على سوء نية الزوجين أو أحدهما^(١) .

ولا يكفي توافر حسن النية لاعتبار الزواج ظنياً ، بل يجب أن يتمسك بذلك من له مصلحة من الزوجين . فقد يتوافر حسن النية بالنسبة لأحدهما ولا يرغب مع ذلك في التمسك به للبقاء على بعض آثار الزواج رغم بطلانه . فهنا لا يستطيع الطرف الآخر أن يتمسك بوجود زواج ظني استناداً إلى حسن نية الآخر ، وتترتب النتائج العادية للبطلان^(٢) .

(١) ويستند في هذا الصدد إلى المادة ٢٢٦٨ من القانون المدني الفرنسي التي جاءت تقرر افتراض حسن النية بصدد التقدم التصير الذي يقوم على الحيازة المادية للأشياء . وتنص المادة ٢٢٦٨ على أن « حسن النية مفترض دائماً » وعلى من يدعي سوء النية أن يثبت ذلك "La bonne foi est toujours présumée c'est à celui : qui allègue la mauvaise foi de la prouver"

ذلك أنه ولو أن النص وارد في شأن التقدم ، إلا أنه لا يقيم قرينة خاصة في هذا الموضوع ، هو قائم على فكرة طمة مؤداها أنه لا يفترض في أحد أنه يخالف القانون من علم بذلك . ومع هذا فلقاضي الموضوع السلطة المطلقة في تقدير سوء النية .

(٢) أنظر في هذا الصدد بصفة عامة : بلانول وريبير وولانجي ، السابق ، جزء أول ، فقرة ١٠٤٦ وما بعدها . كولان وكايتان مع ليون جوليو دولامور اندبار ، جزء أول ، فقرة ٩٩٧ . وانظر كذلك مذكراتنا السابق الإشارة إليها لطلبة كلية الحقوق ١٩٥٧ - ١٩٥٨ . عبد الفتاح عبد الباقي : الأحوال الشخصية للمسلمين - أحكام الزواج في القانون الفرنسي ، ص ٨٣ - ٨٤ - جيل الشراوى : الزواج في القانون الفرنسي المقارن ١٩٥٩/٥٨ ص ١٧٩ - ١٨٠

ثانيا : آثار الزواج الظنى : رأينا أن آثار الزواج الظنى تقتصر على الفترة السابقة على تقرير البطلان . ويمثل ذلك في اعتبار الزواج خلال تلك الفترة كما لو كان صحيحا ترتب عليه آثاره ، ولا أثر للبطلان عليها . وبهذا تقترب الآثار المترتبة على بطلان الزواج الظنى من الآثار التي ترتب على فسخ الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق مثلا ، على أساس أن الزواج ينتهى بالنسبة إلى المستقبل فقط ، دون مساس بما ترتب من آثار في الماضي ، أى دون أثر رجعى . إلا أنه يفرق بالنسبة لترتب هذه الآثار بين ما إذا كان كلا الزوجين حسن النية ، وبين ما إذا كان حسن النية متوافرا لدى أحدهما فقط .

(١) إذا كان الزوجان حسنى النية ، ترتبت على الزواج آثاره ، كما لو كان زواجا صحيحا ، وذلك على الرغم من الحكم ببطلانه . ولا يختلف الزواج في هذه الحالة عن الزواج الصحيح إلا من حيث المدة التي ترتب فيها تلك الآثار . وعلى ذلك ، إذا توفى أحد الزوجين قبل الحكم بالبطلان فلا يتأثر حق الآخر في الميراث الذي تلقاه عن المتوفى إذا ما قرر البطلان بعد ذلك . وهذا بخلاف وإذا ما حصلت الوفاة بعد الحكم بالبطلان ، فلا يكون لأى منهما حق قبل الآخر ، لم يعودا زوجين بعد ، سواء تعلق الأمر بميراث أم بنفقة زوجية ، لأن هذه حقوق متصلة بصفة الزوجية التي زالت عنها . وبالنسبة للأولاد فإن من يولد من هذا الزواج يعتبر شرعيا ، وترتب له كافة الحقوق ، وخاصة ما يتعلق منها بالميراث . ولا يتغير مركز الأولاد في هذه الحالة حتى تقرير البطلان ، إذ تبقى لهم صفة الأولاد الشرعيين . ويبقى حق الإرث على وجه الخصوص بين كل من الزوجين السابقين وبين الأولاد .

ويراعى أنه إذا كان النص لا يتكلم إلا عن حقوق الزوجين والأولاد ،

إلا أنه يمكن التمسك بصفة الزواج الظني من آخرين ذوى مصلحة كالورثة مثلا.
وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية^(١) في ظل نصوبها التي أخذت عنها
نصوص الأقباط الأرثوذكس .

(٢) إذا كان أحد الزوجين فقط حسن النية^(٣) فإن الذي يفيد من آثار
الزواج في هذه الحالة هو الزوج حسن النية فقط والأولاد الناتجون من
هذا الزواج .

أما بالنسبة للزوج حسن النية فإنه يفيد من آثار الزواج في الفترة السابقة
على تقرير البطلان ، مع حرمان الزوج الآخر من جميع تلك الآثار . ويعتبر
الزواج ، بالنسبة له كأن لم يوجد . فإذا ما توفي أحد الزوجين قبل الحكم ببطلان
الزواج ، فإن الزوج الذي يرث هو حسن النية منها دون الآخر . وفي صلة
الزوجين بالأولاد يكون للزوج حسن النية أن يتلقى الإرث عن أولاده إذا
ماتوا قبله . أما سمي النية فليس له أن يدعى شرعية أبوته لأولاده ، وبالتالي
لا يكون له أن يرثهم ولا يرث أولادهم (أحفاده) إذا ماتوا قبله . ومع
ذلك فإن هذا خاص به وحده ، أى خاص به شخصيا فلا يمتد إلى أصوله ،
ويعتبر الأولاد بالنسبة لهؤلاء الأصول شرعيين ، إذ لا ذنب لهؤلاء الأصول
في سوء نية هذا الزوج^(٣) .

(١) مرائش في ٩ يوليو ١٩٣٥ منشور في D. H. 1935. 413 وكذلك في
(S. 1938. 1-1) ، أنظر بالنسبة لحسن النية لدى كل من الزوجين : بلانول وريير
وبولانجي ، السابق ، فقرة ١٠٥٠ وما بعدها ص ٣٨٤ - ٣٨٥ . كولان وكايتان مع
ليون جوليو دولامورنديار ، السابق ، فقرة ٩٩٩ . وانظر كذلك : جيل الشرفاوى .
الزواج في القانون الفرنسى ، السابق ص ١٨١ - ١٨٣ .
(٢) أنظر في هذا : بلانول وريير وبولانجي ، السابق ، فقرة ١٠٥٥ وما بعدها .
كولان وكايتان ، السابق فقرة رقم ١٠٠٠ ، جيل الشرفاوى ، السابق ص ١٨٣ - ١٨٤ .
(٣) بلانول وريير وبولانجي ، السابق فقرة ١٠٥٦ .

ومع ذلك فإن الأولاد لا يتأثرون إطلاقاً بسوء نية أحد والديهم ، فثبت لهم النسب الشرعى فى علاقتهم بوالديهم ، حتى من كان منى النية منها ، وبحق لهم أن يرثوها كذلك ^(١) .

المطلب الثانى

الجزء على شروط الزواج فى الشريعة اليهودية

١٣٦ مكره - **الحمد من حالات البطلان ونتائجه** : تحصر الشريعة اليهودية - كالمسيحية على تلافى إمكان بطلان الزواج إذا ما تم بين طرفيه ، ولهذا فانها تفرض من الوسائل ما يمنع البطلان بقدر المستطاع ، كما تحدد منه أيضاً فلا ترتبه كجزء على كل مانع من موانع الزواج .

ولهذا نجد أنها تدعو القائمين بالأمر إلى «أن يدققوا البحث خشية أن تكون المرأة محرماً» وذلك عند إبرام العقد ^(٢) . ومن ناحية أخرى ، فإن فى الملاينة التى تتم بصلابة البركة ما يحقق إشهار الزواج ، حتى يتسنى الكشف عما قد

= أما بالنسبة للسلطة الأبوية ، فإن الكلام يثار حول إعطائها لى النية من الزوجين . وإذا كان هناك اتجاه يرى حرمانه من هذه السلطة ، فإن الاتجاه الآخر يرى العكس لأنها لا تقرر حقها له . ولكنها تعرض عليه التزامات كذلك . وقد يكون فى عدم إعطائها لمن كان منى النية ضرر بالأولاد ، ولهذا فإن أنصار هذه الفكرة الأخيرة يرون أن يترك الحق فى المضانة لتقدير الحاكم ، وأنه إذا كان الأب هو منى النية ، فإنه ينبغي أن تتقرر مباشرة السلطة الأبوية للأمم (بلانويل وديبير ، السابق فقرة ١٠٠٩ . كولان وكايتان السابق ، فقرة ١٠٠٠ ص ٥٩٦ وهامش ٩)

(١) وتنطبق المادة ١٠٣ من الإرادة الرسولية للكاتوليك للأولاد الذين يحمل بهم . أو يولدون من زواج على حكم الأولاد الشرعيين المولودين من زواج صحيح .

(٢) شمار المحضر ص ٧٥ .

يكون هنالك من موانع . وهذا مما يدعو إلى اتخاذ إجراءات العلانية الشرعية المعروفة بالسبع بركات ، إذ القصد من ذلك هو « وجوب توفر العلانية والجمع بين عشر رجال على الأقل » . « فالتبريك وحده يغير هذه العلانية لا عبرة به وإلا وجب استئناف استيفاء للعلانية ضرورة كونها هي المقصودة أصلاً ^(١) » . هذه بعض الوسائل التي تم سلفاً حتى يتحقق منها إمكان تلافى ما قد يكون هنالك من موانع .

ولا يترتب البطلان على تخلف كل شرط من شروط الزواج أو مع وجود كل مانع من الموانع في الشريعة اليهودية ، ولهذا نجد أنهم يتكلمون عن موانع ينعقد معها العقد ، ولكن يلزم الطلاق ، حتى يمكن تلافى النتائج الخطيرة التي تترتب على منطلق الأثر الرجعي للبطلان ، كما قد لا يلجأ إلى البطلان وإنما إلى الفسخ .

من ذلك ما جاء بالنسبة لركن الرضا في الزواج ؛ إذ في حالة زواج الصغيرة بدون ولاية أيها يكون لها فسخ العقد ، سواء لدى الرابنين أم لدى القرائين . ومع ذلك فانه لا يكون لها ذلك إذا ما حملت أو بلغت سن الزواج ^(٢) . وهذا هو الحكم بالنسبة للقاصر أيضاً ، إذ لا يكون له أن يطلق ، بل يفسخ ، وإنما لا يكون له ذلك إذا رشد واختلى بزوجه ، إذ في هذه الحالة يلزم أن يطلق ^(٣) . ومن ذلك أيضاً ما جاء بالنسبة لموانع الزواج ؛ إذ لا يترتب البطلان

(١) المرجع السابق ص ٦٥ وص ١٠٨ .

(٢) أنظر المادة ٢٧ و ٣٠ من ابن شمعون وانظر كذلك بالنسبة لإجراءات الفسخ وصوره وصحته وآثاره المواد من ٢٨ - ٣٢ . وانظر أيضاً لدى القرائين تعليق مراد فرج شمار الحضر ص ٦٥ و ٧٢ .

(٣) م ٣٣ من ابن شمعون .

كجزء على قيام المانع في جميع الحالات ، بل هناك من الحالات ما يجب فيها الطلاق . وهذا هو الشأن بالنسبة لمانع القראה ، إذ في بعض الحالات يؤدي المانع إلى عدم قيام الزواج أصلاً ويكون الجزء هو البطلان ولا يحتاج إلى طلاق ، ونوع آخر يجبر الرجل فيه على الطلاق ^(١) وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة لبعض الموانع الأخرى . كما في حالة ممنوعات الكاهن إذ يلزم الطلاق ^(٢) ، والمطلقة بعد عقد النير عليها فهي إذا كانت تحرم على من طلقها ، إلا أنه إذا تزوجها لا يبطل الزواج ، بل يلزم بطلانها ^(٣) ، والمطلقة للزنا إذا تزوجت بمن

(١) وهذه التفرقة لدى كل من الرابانيين والقرائين بالنسبة لمانع القראה . وقد نصت المادة ٢٨ عند الرابانيين على هذين النوعين من قرابة التحريم ، فينت أن النوع الأول « لا ينقذ فيه المقد ، ولا يحتاج إلى طلاق » والأولاد لا يدون شرعين ، وأن النوع الثاني « يكون المقد فيه باطلاً ويجبر الرجل على الطلاق » ولا يد الأولاد غير شرعيين . ويبدو أن كلمة باطل في هذه الحالة الأخيرة لم تستعمل في وضعها الصحيح ، وإن كان القصد منها أن العقد محرم (أنظر جيل الشرفاوى ١٩٦٠/٥٩ ص ٢٤٥ هامش ١) . وقد نصت المادتان ٣٩ و ٤٠ على هذين النوعين من القראה .

وعند القرائين كذلك يوجد نوع من القראה يترتب على مخالفته البطلان ، ونوع آخر لا يؤدي إلى البطلان ، بل يوجب الطلاق . والقراءة من النوع الأخير . تشمل محرمات المأخذ السادس من مأخذ التحريم عديم (أنظر في المأخذ السادس ص ٤٨ وما بعدها من شعار الحضر ، وانظر كذلك ص ٦١ من المرجع نفسه ، وانظر ما سبق لنا بيانه في هذا الصدد عند كلامنا عن مانع القراءة في الشريعة اليهودية) .

(٢) سواء لدى الرابانيين (أنظر ص ٤٦ و ١٨٥) ، أم لدى القرائين (أنظر ص ٩٧ وكذلك ص ١٠٥ - ١٠٦ من شعار الحضر) .

(٣) وهذا ما يقول به القرامون ، إذ ورد في ص ١٠٤ شعار أن « الرجوع إلى المرأة بعد عقد النير عليها محمية ، ولو انتقضت العدة » وهي الثلاثة أشهر ، والفدية تعاقب ، ولو أنها شرعية تنسب وتقبل » . ويبدو أن هذا الحكم مأخوذ به لدى الرابانيين كذلك (أنظر جيل الشرفاوى ١٩٦٠/٥٩ ص ٢٤٧ بالهامش) .

زنى بها^(١) . كما أنه في حالة العقد على المرأة في الأيام المحرمة ، لا يكون الجزاء هو البطلاق^(٢) .

وتنص القواعد الخاصة بالربانيين على تحريم زواج المختلة بمن اختل به^(٣) ولكنه يكلف بالطلاق إذا عقد عليها (م ١٩٠) .

وإلى جانب ذلك قد نص لدى القرائين على حالات يمنع فيها الزواج بين ذكور وإناث ، ولكن العقد ينفذ مع ذلك ، ويحتاج إلى الطلاق^(٤) .

هذا بالنسبة للعوانع . ومن الواضح أنه إذا كان المنطق يقضى بجعل البطلاق كجزءاً على وجود مانع من الموانع المعاصرة لانشاء الزواج إلا أن اليهود يوجبون الطلاق ، وذلك للتخفيف من الآثار التي تترتب على البطلاق .

(١) ويكلف الرجل شرعاً بطلاقها حتى ولو رزقت منه (أنظر م ٣٤٧ من ابن شمعون وكذلك المادة ٣١٦) . وانظر كذلك شمار الحضر ص ٩٧ حيث ينص على أنه وإن كلف العقد على الزانية ينفذ شرعاً ، إلا أنه يحتاج إلى الطلاق . وانظر كذلك ص ١٠١ . ويبدو أن الأمر بالنسبة للقرائين في تحريم الزانية سواء تزوجها من زنى بها أم غيره .

(٢) وتنص القواعد الخاصة بالقرائين بأن الزواج الذي يعقد في فترة الحيض لا يكون باطلاً . فنع العقد على العقد لا ينع البطلاق ، وإنما يلزم تجديد به بعد الطهر ، فقد جاء في الشمار (ص ٨٠) : « على أنه إذا قيل إن العقد عليها يلزم تجديد به بعد الطهر ، فليس المني بطلاق العقد الأول ، بل يبقى كما هو لا يزعه غير الطلاق » . ويبدو أن هذا الحكم مأخوذ به لدى الربانيين (أنظر جيل الشرفاوى ، السابق ١٩٦٠/٥٩ (ص ٢٤٦ رقم ٤) .

(٣) فقد ورد في شمار الحضر ص ٩٦ - ٩٧ ، تحت عنوان « إناث وذكور أخر » أنه : « يوجد بعض إناث وذكور غير ما مر بنا ممنوعون من العقد شرعاً ، ولكن نهدم مع ذلك ينفذ ، وهو ابن الحرام وبنت الحرام ، سواء أكلن عن يقين أم عن شك . ومولود العقد الفاسد . ومجهول الأب وألأبوين . والسوق والمؤاني ذكوراً وإناثاً ، والموجود ، والمجبوب . والمولود بمخبة واحدة . والحشي بنوحيه . والتين . والأدومي والمصري أول وثاني جيل . ذكوراً وإناثاً . والسامرة ، فانهم كالأجانب ما لم يهودوا . والمطلقة يرجع إليها زوجها بعد عقد غيره عليها وزواج ائتمه . والزانية . كل هؤلاء يحرم الدخول بهن أو منهن ، ولو أخذ العقد ينفذ شرعاً ويحتاج إلى الطلاق . . » أنظر تفصيلاً في هذه الحالات ص ٩٧ وما بعدها .

أما بالنسبة للشكل الديني ، فيبدو أنهم لا يرتبون البطلان كجزاء على تخلف أى إجراء منها ، وإنما البطلان يكون فقط في حالة تخلف إجراء من الاجراءات الجوهرية ^(١) .

هذا وقد تمتشت الشريعة اليهودية مع منطقتها في هذا الصدد من حيث إحلال الطلاق محل البطلان في حالات كان الجزاء الواجب فيها هو البطلان وما يترتب عليه من نتائج ؛ وخاصة بالنسبة لحماية الأولاد . من ذلك ما نص عليه لدى القرائين من أنه إذا لم تتخذ العلانية الشرعية وضرب الرجل عنها صفحا ودخل بمخطوبته بدون استيفاء هذه العلانية ، « عد ممياً شرعاً ، ولو أن وصته لا تلحق ذريته » . وكذلك ما جاء عندهم من أن الرجوع إلى المرأة بعد عقد الغير عليها معصية ، وتعايب القرية ، ولو أنها شرعية تسب وتقبل ^(٢) .

ومن ذلك ما نص عليه بالنسبة للربانيين من أن المطلقة لعلة الزنا إذا تزوجت من زنى بها وولدت منه فلا يعد المولود ابن زنا ، ولو أن عقد زواجها فاسد شرعاً ^(٣)

(١) انظر جيل الشرفاوى (٥٩ / ١٩٦٠) ص ٢٤٦ رقم ٤ ، وكذلك ص ٢٤٧

رقم ١ .

(٢) أنظر شامو الحضر ص ١٠٨ و ١٠٤ على الترتيب .

(٣) أنظر المادة ٣١٦ من ابن شحون .

ويراعى أن شريعة الربانيين تمثل على حماية الأولاد غير الشرعيين ، إذ « لا فرق في الحقوق والواجبات بين المولود عن غير عقد شرعى ، لا يبين من الملة والمولود عن عقد شرعى » (م ٣٠٤) ، كما أن « مولود المحرمة شرعاً أو مولود الزنا هو كغيره في الحقوق والواجبات » (م ٣٠٥) ، مع مراعاة أنه بالنسبة لمن يستبر وارثاً تطبق أحكام الشريعة الإسلامية .

وهذا ما يدعو إلى القول بعدم الحاجة إلى إعمال أحكام الزواج الظنى التى تأخذ بها الشريعة المسيحية (انظر احمد سلامة ، ط ٢ رقم ٣٠٦ ص ٦٧٣ - ٦٧٤)

م ٤٣ اذحوال

١٣٦ مكرور (١) - حالات البطلان : إذا كانت الشريعة اليهودية لم تهتم بالبطلان ولم تنظمه كما فعلت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ، فإن ذلك يرجع إلى أن الشريعة اليهودية تلجأ إلى إنهاء الزواج ، حتى في كثير من الحالات التي لا تتوافر فيها شروط انعقاده ، عن طريق الطلاق . ومع ذلك فإن الزواج يكون باطلا ، إذا تخلف شرط من شروطه ، وذلك فيما لم ينص فيه على جزاء آخر لعدم استجتماع تلك الشروط أو تخلف بعضها ، عن طريق الطلاق أو الفسخ كما يتنا في البند السابق .

ولما كانت شروط الزواج عندهم بصفة عامة ، هي الرضا وعدم وجود مانع من الموانع ، والمهر ، ثم الشكل الديني ، فإنا نعرض للحكم تخلف كل منها والحالات التي يقضى فيها بالبطلان .

أما بالنسبة للرضا ، فإنه يجب أن يوجد سليما ، كما قدمنا ، فإذا انعدم الرضا إطلاقاً كان الزواج باطلا ، وكذلك الحكم لو صدر الرضا من شخص لا يعتد برضاه شرعا ، كما لو كان مجنونا جنونا مطبقا^(١) ، أو صغيرا^(٢) ، أو

== أما عند القرائين فانهم لا يسمون بين الابن الشرعي وابن الحرام (انظر شمار الحفر ص ٩٧ - ٩٨) وانظر كذلك أحمد سلامة ، الموضع السابق ص ٦٧٤ - ٦٧٥) .

(١) نصت المادة ٤٧ من ابن شمعون على أن « المجنون المطبق في أحد الاثنين مانع من الزواج وإلا كان باطلا » . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين إذ لا يمكن أن يصدر عن المجنون في هذه الحالة رضا بالزواج ، والرضا جوهرى لقيامه ، كما سنرى في المباحث التالية .

(٢) ونصت المادة ٥٩ من ابن شمعون على أن « التقديس من الصغير غير معتبر شرعا » . ومع ذلك فإن ابن شمعون قد تعرض لزواج الصغيرة البتية التي زوجها أبها أو أحد إخوتها ، وجعل لها فسخ المقدّم (م ٢٧) . وقد ينت المواد التالية كيف يقع الفسخ من الصغيرة ، وصحته ، والحالات التي لا يصح فيها ، وآثاره (انظر المواد من ٢٨ إلى ٣٢) . كما أجازت المادة ٣٢ لقاصر أن يفسخ الزواج كذلك وليس له أن يطلق ما لم يبلغ رشده ويختل =

مكرها^(١) ، أو وقع في غلط في الشخص على ما قدمنا^(٢) .

وبالنسبة للموانع ، فإن وجود أى منها لا يؤدي دائما إلى البطلان ، كما قدمنا . ومع ذلك فإن من بين الموانع ما يؤدي إلى البطلان . ويتفق الرابانيون والقراءون بشأن طائفة من هذه الموانع ، ويحملون الجزاء هو البطلان ، وهذه الموانع هي :

= بزوجه ، وقد سبق لنا الإشارة إلى ذلك . وعندما أن الصغيرة إذا كانت أقل من ست سنين لا تحتاج إلى الطلاق ولو كانت مميزة ، أى أن زواجها باطل . وإذا كانت أكثر من عشر سنين اعتد بابائها واحتاجت إلى الطلاق ، ولو لم تكن تميز (انظر ص ٧٢ شمار الحضر) .

والرضا ضروري كذلك لدى القرائين : إذ « مهما عقد بالمهر والوثيقة لا بد منه أيضا ، وإلا فلا عقد ولا زوجية » . ولهذا نصوا على أنه « لو أغتصبها ودخل بها » فإن الرضا لا يتوافر . وذلك استنادا إلى ما أورد بشأن المقتصة من قوله « وتكون له امرأة إن قبلت » وقال العلماء ، « كما أن المرأة تمقد برضاها » فكذلك الرجل يقصد برضاه ، لا أنه عاقد مرغم دونها (المقتصة) (انظر شمار الحضر ص ٧٠) ويختلف القراءون عن الرابانيين في شأن زواج المقتصب بمن اغتصبها ، إذ يرى هؤلاء الأخيرين أن المقتصب عاقد مرغم .

وعندم لا يتعد بقبول الصغيرة النبتة . « فإذا استقلت في العقد أو عقده لها أقاربها فلفقوا كأن لم يكن » ومع ذلك فمن المتبع الآن - كما جاء في الشارح - أن يعقد لها أقاربها ، إختوها أو أمها ، ولو أن العقد يكون ممرضا للبطلان لاستثناء ولايتهم عليها شرعا ، ولأنه قد لا تجب عند البلوغ (انظر ص ٧٢ من شمار الحضر) ، مما يبي أن البطلان في هذه الأخيرة بطلان تسمي طالما أن لها إجازة العقد « فإذا أجازته وهي بالغ فلا حاجة إلى عقد جديد فهي حتمود عليها من قبل » بل إن للآب إبطال عقد البتة البالغة إذا تم بدون رضاه ، ويلزم الزوج بالطلاق (انظر ص ٧٣ شمار . وهذه الحالة الأخيرة بالنسبة للبالغة متى كان أبوها موجودا فقط)

(١) انظر ما سبق ص ٥٨٨ ، وكذلك جيل العرفاوى ، السابق ١٩٦٠/٥٩ ص ٢٦٣
عزم ٦ و ٢٦٥ رقم ٥ .

(٢) انظر ما سبق ص ٨٦ وهامش رقم ٣ .

(١) امرأة الرجل ؛ فارتباط المرأة بزوجة قائمة يحمل زواجا من شخص آخر باطلا^(١) .

(٢) والمتدة إذ لا يجوز القعد عليها قبل اقضاء عدتها^(٢) .

(٣) اختلاف الدين والمذهب^(٣) .

(٤) الزواج مع وجود قرابة محرمة ، وذلك في الحالات التي لا يكون الجزاء فيها هو الطلاق ، كما قدمنا^(٤) .

أما بالنسبة لمانع العجز الجنسي ؛ فان حكمه يختلف لدى كل من القوانين والريانيين . وقد سبق أن بينا أن القوانين يحملون الجزاء في هذه الحالة بمحو الطلاق . أما عند الريانيين فيسندو أنهم يحملون الجزاء هو البطلان ، لأنهم لم ينصوا على الطلاق ؛ وذلك على الأقل في بعض الصور التي نص عليها في المادة ٤٥ من ابن شمعون ، وهي صور يتحقق معها العجز الجنسي لا محالة^(٥) .

(١) أنظر المادة ٣٥ من ابن شمعون وكذلك المادتين ٣٠٦ و ٣٠٧ . ويجعل القراءون القعد في هذه الحالة باطلا « فهو لنوكانه لم يكن إن حصل » (ص ٨٤ شمار) . بل إنهم يعطون هذا الحكم لمن كانت خطوبة (ص ٨١) . ولا يحتاج القعد في هاتين الحالتين عديم إلى طلاق (ص ٨١) ، أنظر ما سبق بند رقم ١٢٦ مكرر (٧) ص ٥٩١ وما بعدها .

(٢) أنظر المادة ٤٩ والسواد ٣٧٦ من ابن شمعون ، وهو ما يأخذ به القراءون كذلك ، والعدة عديم ثلاثة أشهر أيضا . وبهم هذا مما ورد في شمار الحضر ص ١٠٤

(٣) تنص المادة ١٧ من ابن شمعون على أنه لا يجوز القعد في هذه الحالة وإلا كان باطلا (انظر كذلك المادة ١٨ و ١٩) . وسالغ القراءون ذلك في كلامهم عن الزواج بالاجنية (وهي غير اليهودية) . وعندما أن القعد عليها لا ينفذ وكذلك القعد على الجارية (أنظر شمار الحضر ص ٨٩ - ٩٠) . وإن كان يرأى في هذا الصدد أن الشرعية الواجبة : التطبيق في حالة اختلاف الديانة والمذهب هي الشرعية الاسلامية .

(٤) انظر ما سبق لنا بيانه بالبند السابق .

(٥) وتنص المادة ٤٥ من ابن شمعون على أنه « يحرم التزوج بمن كان مرضوض . الحصىين أو عصبها كسيتها أو إحداهما أو مجبوب الاحليل » (وانظر كذلك : جيل الشرفاوى السابق ١٩٦٠/٥٩ ص ٢٦٣ رقم ٤ وتأييده لهذه التفرقة بين القوانين والريانيين . وكذلك =

وبالنسبة للمهر : يترتب على تخلفه بطلان الزواج أيضاً ؛ بل إنه يلزم أن تتوافر بالنسبة له الشروط التي قضى بها الشريعة اليهودية في هذا الصدد ^(١) .
وبالنسبة للشكل : يعتبر الشكل الديني ركناً أساسياً في الزواج لدى الشريعة اليهودية ، لا يعتقد بدونه ، مع مراعاة أن هناك من الاجراءات ما لا يمدجوها بها ، وبالتالي لا يترتب البطلان على تخلف اتخاذها كما قدمنا ^(٢) .

= أحد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٣٠٥ من ٦٧٣) . وتحريم الزواج في هذه الحالة يؤدي إلى البطلان ، وذلك خلافاً لحالة العنة والمقم لدى الرجل إذ يجوز للمرأة في هذه الحالة طلب الطلاق إذا كانت في حاجة إلى غلام (انظر المادة ٢١٠ و ٢١١ من ابن شمعون . ويضم من هذا أن الزواج ليس محرماً خلافاً لنص المادة ٤٥ ، مما يستتبع اختلاف الجواز .
(١) ولا شك في ثبوت المهر باعتباره أحد أركان الزواج لدى القرائين ، وهو ما يلزم كذلك لدى الربانيين ، ولو أنه لا يبدو أنهم يعتبرونه ركناً ، ولكن يلزم عندهم تقدس المرأة ولو بختام أو بشيء آخر . والركن عندهم هو ذلك الشيء الذي يعطى على أساس أن الأخذ يكون بالموض كما ورد في الكتاب . انظر « القرامون وإلزابانون » لمрад فرج ، السابق ص ١٦٧ وانظر كذلك المادة ٥٦ من ابن شمعون . والواقع أن الزوج لدى الربانيين مازم بدفع المهر طبقاً لما تقتضيه المادة ٩٨ من ابن شمعون . وهو بذلك شرط لصحة انعقاد الزواج عندهم كما تقول محكمة النقض (في ٢٧-٦-١٩٥٧ طعن رقم ٣ س ٢٦ بمجموعة أحكام النقض س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ من ٦٥٣) .

وإذا كان المهر شرطاً لانعقاد الزواج على هذا النحو ، فإنه يختلف بذلك عن الدوطة أو البائنة ، إذ لا تعتبر ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً لانعقاده ، ولزوجة أن تسترد أموال الدوطة بعد انتفاء الرابطة الزوجية (انظر استئناف القاهرة في ١٠ / ١٠ / ١٩٥٥ ، وكذلك في ١٢ / ٢٨ / ١٩٥٥ رقم ٣٦٩ س ٧٢ ق وأوردهما خفاجي وراجح السابق ص ٢٥ - ٣٦ .

(٢) انظر أركان العقد بالنسبة للربانيين مادة ٥٦ وما بعدها وخاصة المادة ٦١ و ٦٦ . وانظر بالنسبة للقرائين شمار الخضر ص ٧٥ - ٧٦ . وقد جاء في هذا المرجع (س ٦٥ بالهامش) أن السبع يركلت ولو أنها ليست من أركان الزواج إلا أنه مقصود بها العلانية ، ومن يدخل بامرأة قبل ذلك يدعى « بجوم » . كما جاء به أيضاً (س ١٠٨) أنه إذا « ضرب الرجل صفحا عن هذه العلانية ودخل بمخطوبته بدون استيفائها أولاً ، عد ميماً شرعاً ، ولو أن وصته لا تلتحق ذريته ... » . « فالتبريك يثير هذه العلانية لا عبرة به ، وإلا وجب استئنافه استيفاء للعلانية ، ضرورة كونها هي المقصودة أصلاً » .

الفضل الثالث

آثار الزواج

المبحث الأول

في الشريعة المسيحية

١٣٧ - تمهيد - تقسيم البحث : متى استوفى الزواج جميع الشروط اللازمة لقيامه صحيحاً ، فإنه يقوم وتنشأ عنه علاقة ذات طابع خاص ، هذه العلاقة تتميز عن العلاقات الأخرى التي تنشأ بالنسبة للعقود العادية بين الأفراد ، ففي الزواج يكفى - كما قدمنا - أن يتم انعقاد العقد ، حتى يتكفل القانون من تلقاء نفسه ، بتحديد الآثار التي تترتب عليه . وليس لإرادة الأفراد - كقاعدة عامة - أية سلطة في تحديد تلك الآثار وتنظيمها ، مما حدا إلى القول بأن الزواج نظام قانوني ، وأنه يختلف عن العقود العادية . وإلى جانب ذلك فإن العلاقة التي تقوم بين الزوجين في الشريعة المسيحية تنسم بمبدأين أساسيين يحكمان الزواج المسيحي ، وهما وحدة الزواج ، وعدم قابلية هذا الزواج للانحلال ، كقاعدة عامة^(١) .

(١) فالزوجان يرتبطان في ظل الشريعة المسيحية برباط وثيق يجعلها جسدًا واحدًا كما جاء في الإنجيل (إنجيل متى : الإصحاح ١٩ أنظر الآيات ٤ - ٦) كما أن الزوج لا يستطيع أن أن يتزوج بأخرى طالما بقيت زوجته ، والزوجة هي الأخرى لا يستطيع التزوج بأخرى طالما بقي زوجها . (انظر رسالة بولس إلى أهل رومية : الإصحاح السابع - الآيات (١) وبعدها) . هذا لما لم تنفصم عرى الرابطة بينهما لسبب من الأسباب التي تقرها بعض الطوائف المسيحية

وعلاوة على ما للرابطة الزوجية من طابع خاص على النحو السابق ، فإنه يترتب عليها آثار متعددة . منها ما يترتب فيما بين الزوجين ومنها ما يترتب بالنسبة للأولاد ، كما أن من الآثار ما يترتب حال قيام الزوجية ومنها ما يترتب بعد انقضاءها بالوفاة أو بالتطليق^(١) . ولن تعرض هنا للآثار التي تترتب بعد انقضاء الرابطة الزوجية ، ولكتنا سنرجى الكلام عنها إلى ما بعد ، عقب كلامنا عن هذا الانقضاء . وسنكتفي هنا بالتعرض فقط لتلك التي تنشأ حال قيام الزوجية ، سواء فيما بين الزوجين ، أم بالنسبة للأولاد ، وبصفة خاصة ما تعلق بثبوت النسب وآثاره .

الفرع الأول

الآثار فيما بين الزوجين

١٣٨ - محمد : تترتب على قيام الزواج الصحيح آثار فيما بين الزوجين . هذه الآثار تتعلق بحقوق كل منها وواجباته نحو الآخر . كما تتعلق بتنظيم العلاقات المالية بينهما ، وبصفة خاصة بالنسبة للهر والموطة وأموال كل من الزوجين . ولهذا فالتنا تكلم في هذا المبحث أولاً عن الآثار المالية وتنظيمها بين الزوجين . ثم تكلم بعد ذلك عن حقوق الزوجين وواجباتهما ، فنعرض للحقوق المشتركة بينهما ، ثم نعرض بعد ذلك لحقوق الزوجة على زوجها ، وحقوق الزوج على زوجته .

(١) أما بالنسبة للآثار المترتبة على الزواج الباطل ، فقد عرضنا لها فيما سبق . انظر ماسبق ، فقرة ١٣٤ وما بعدها .

لولا : الآثار المالية

١٣٩ - تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين : لا يترتب على الزواج في الشريعة المسيحية اختلاط الحقوق المالية للزوجين ، ولكن تظل أموال كل منهما مملوكة له . وتنظيم العلاقات المالية بينهما يقتضى أن تتكلم عن استقلال الحقوق المالية لكل منهما ، ومداه ، ثم تتكلم كذلك عن تنظيم العلاقات فيما بينهما بالنسبة للمهر والباثنة (الوطلة) .

١ - استقلال الحقوق المالية للزوجين : الأصل - كما قدمنا - هو استقلال كل من الزوجين بحقوقه المالية . فلا يترتب على الزواج اختلاط أموال الزوجين ^(١) . وهذا يقتضى أن تكون الزوجة - حتى بعد الزواج - حريتها الكاملة في التصرف في أموالها كيفما شاءت ، ولا حق للزوج في مالها إلا بإذن منها ، إذ لا يترتب على الزواج قصص في أهلية المرأة . فلها كامل الأهلية بالنسبة لكافة تصرفاتها في أموالها . ولا يؤثر في ذلك أن تكون رئاسة الأسرة للرجل . هذا هو الأصل ، ما لم يتفق على خلافه بين الطرفين ، وفي هذه الحالة يكون الاتفاق بينهما هو مصدر الحقوق التي يمنحها أحدهما للآخر على ماله ^(٢) .

(١) انظر المادة ٤٨٤٦ و ٤٨٥٠ من مجموعتي ١٩٠٥ و ١٩٣٨ للاتباط الأرثوذكس وكذلك المادة ٢٩ ارمين وهي تقضى بأنه « لا يترتب على الزواج اتحاد أموال الزوجين . ويظل كل منهما مالكا لأمواله الخاصة » .

(٢) وفي هذا المعنى جاءت الخلاصة القانونية (المسألة ٢٢) تقضى بأنه « مع كونهما يصيران بالزواج كأنهما شخص واحد ، فأموال كل منهما مخصصة بشخصه دون الآخر ، إذ الاختلاط الزوجي لا يوجب اختلاط الحقوق (لاحظ مسألة ٢٣) » . وتضيف الفقرة الثانية من المسألة ٢٢ : « أما إن أحب الفريقان إحداث شركة مفيدة من مالهما ، فلتنجر عنها المهادنة والمشاركة اللازمة ، إما بواسطة ولي الزوجة إن كان لها ولي ، أو بواسطة أرشد أقاربها ، وإلا فلي يد الرئيس الشرعي ، وبمقتضاه تمتد المأمة والحكم » .

ومع ذلك فإنه لما كان الرجل هو رب الأسرة ، ورأس المرأة - كما قيل - فإنه يحمل بها الاستئارة برأيه دائماً في التصرف في أموالها ^(١).

٢- المهر : لا يعتبر المهر في الشريعة المسيحية ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه ^(٢). ولكن قد يسمى الزوجة مهر عند الخطبة ، وبذلك يصير حقاً لها ، طبقاً لما يقضى به الاتفاق بين الطرفين وما يقضى به القواعد الخاصة في شأنه. وقد غابت القواعد الخاصة ببعض الطوائف الأرثوذكسية بتنظيم أحكامه ^(٣). من ذلك ما جاءت به القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس

== وجاء في قوانين ابن الفلق (ملحق ابن العسال ص ٢٢) أنه إذا أرهن الرجل شيئاً لزوجته من غير رأيها لا يصح الرهن ، فإن علت وأمسكت صح الرهن (و في هذا المعنى ابن العسال ص ٢٠٧ - ٢٠٨) . وانظر كذلك المادة ٣٦ و ٣٧ من مجموعة القوانين الارثوذكس . وكذلك المادة ١٤٤ من القواعد الخاصة بالكنائس لليب جلاذ .

(١) وتقضى المادة ٢٢ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك بأن « الزوجة حق التصرف المطلق في أموالها الخاصة ، مع عدم الاخلال بما لزوجها من حسن الرقابة الأدبية على تصرفاتها ومعاملاتها معافضة على كيان الأسرة » . ويبدو أن رقابة الزوج في هذه الحالة لا تبدو أن تكون من الناحية الادبية فقط ، وهذا ما يفهم كذلك من الخلاصة القانونية للأقباط الارثوذكس (أنظر المسألة ٢٢) . وانظر كذلك المادة ٣٤ و ٣٥ من مجموعة القوانين وبتين منها أنه ليس للمرأة أن تتصرف في المهر والمجهاز والهدايا التي تستلمها أو تعطيا لمن تريد دون إذن زوجها ، وإن كان يسمح لها بذلك متى عملت وصيتها . ومع ذلك فإنه ليس للرجل أن يتولى جهازها أو مهرها أو شيئاً آخر مما يخصها بدون رضاها .

(٢) وهذا بخلاف الشريعة الاسلامية إذ لا يجوز الزواج بلا مهر ، فإذا تزوج رجل بامرأة ولم يسم لها مهرأ أو تزوجها على ألا مهر لها ، فإنه يجب لها مهر المثل . ويقول ابن العسال (السابق ص ١٩٨) إنه « يجوز التزويج بلا جهاز ولا مهر » .

(٣) أما الكاثوليك ؛ فلم يرد عندهم تنظيم مماثل . وهذا لا يعني أنه لا يصح الاتفاق بين الزوجين الكاثوليكين على المهر . بل إنه يصح في حدود اتقانها بشأنه . فإذا اتفقا عمل بأحكام الاتفاق بينهما في شأنه ، ويلزم به الزوج لزوجته طبقاً لما يقضى به القانون والعرف في هذا الصدد .

إذ نصت على أن المهر ليس من أركان الزواج ، وكما يجوز الزواج بمهر ، يجوز أن يكون بغير مهر . ولكن إذا سئى للزوجة مهر عند الخطبة ، فإن هذا المهر يستحق بمجرد الاكليل في الزواج الصحيح^(١) . فإذا تم الزواج صحيحا استحق المهر للزوجة على النحو الذى يتفق عليه بين الطرفين ، لأن المهر يستحق بعد العقد الصحيح بمقتضى الاتفاق عليه بينهما . وقد يدفع بعضه مقدما^(٢) ، كما قد يدفع كله ، ويتبع فى ذلك العرف الجارى بين الافراد فى الجهات المختلفة^(٣) .

وأيا كان الأمر ، فإن المهر يصبح ملكا للزوجة بالاتفاق عليه وبمجرد العقد الصحيح . وتبعا لذلك يكون لها أن تقبضه بنفسها أو بواسطة وكيل عنها ؛

= أما بالنسبة للانجليين فإن قواعدهم لم تنظم المهر تنظيميا مباشرا ، ولهذا يمكن القول كذلك بإعمال أحكام الاتفاق بين الطرفين على النحو السابق . ومع ذلك فإن من النصوص الخاصة بهم ما أشار إلى المهر . من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة ٣ من قواعدهم من أنه يخضع من التوضيحات التى يحكم بها على أحد الخطيبين لمدوله عن الخطبة ، ما يكون قد دفع نقدا (وقد أشرنا إلى ذلك من قبل عند كلامنا عن الخطبة) . وما نصت عليه المادة ٥ من أن للخطيب أن يسترجع ما أعطاه للآخر المتوفى من مهر ... وانظر أيضا المادة ١٦ .

(١) المادتان ٦٩ و ٧٠ والمادتان ٧٤ و ٧٥ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ وتقتضى الخلاصة القانونية (مسألة ٢) بأن على الكاهن أن يفحص « عن قيمة المهر وشروط وفائه من جهة الخطيب لجهة خطيبته » . فإذا لم يتم المقدد صحيحا طبقت الاحكام التى سبق لنا الاشارة إليها ضد الكلام عن آثار البطلان ، فقرة رقم ١٣٤

(٢) وهو ما يسيه نفسه « الاربون » . « والاربون هو جميع ما دفع من أصل المهر خاصة » (المسألة ٧ من الخلاصة) . (وانظر أيضا ابن السال ص ٢٠٠ - ٢٠١) .

(٣) وتشير الخلاصة القانونية إلى ذلك بقولها « يستند الاجراء فى المهر طبق الشروط المتفق عليها ... سواء كان بكتابة وشهادة أو بشهادة فقط » حسب الكيفية التى صارت حال الاتفاق . ويعامل التفسيرتان بمقتضى ذلك الاتفاق ، ولا ينتضى بشئ إلا ما ارتضى به الفريقان .. « . هذا وتنس المادة ٣٣ من مجموعة السريان على أنه « إذا كتب الرجل لإمرأته مهرا ولم يدفعه لها لا تلزمه الشرية بتأديته إلا عند الموت أو لدى الفصل التزمى » .

وإذا ما كانت قاصرة كان ذلك لولمها أو لوصيها . كما أنه يكون لها كذلك أن تصرف فيه بكافة التصرفات كيف شئت متى كانت رشيدة . وإذا ماتت قبل أن تستوفى جميع مهرها . كان لورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقيا في ذمته من المهر ، بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل له من إرثها^(١) .

٣ - البائنة (الدوطة : La dot) : لم تنظم الطوائف المسيحية جميعا الأحكام الخاصة بالدوطة ولكن البعض منها قد تكلم عنها بإيجاز ، وبعضها قد عرض لها بشيء من التفصيل مثل الروم الأرثوذكس . وقد اتخذنا قواعدهم أساسا لدراستنا في هذا المجال . مع الإشارة إلى الطوائف الأخرى ، متى وجد تنظيم خاص بها : والدوطة أو البائنة كما تعرفها هذه القواعد هي الأموال التي تعطى المرأة أو شخص آخر من أجلها ، للزوج ، بمناسبة الزواج ، لتخفيف أعباء الحياة الزوجية عليه . وقد تكون هذه الأموال عقارات أو متغولات ، كما قد يكون محلها أموالا حاضرة أو مستقبلة . متى كانت معينة ومحددة^(٢) .

ويتم إنشاؤها بمقد يهرم مع الزوج أو بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، في محرر موثق^(٣) . وإذا ما كانت الدوطة عن طريق تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا بد أن يكون رضا الزوج في محرر موثق خلال مدة معقولة

(١) المادتان ٧١ و ٧٢ وكذلك ٧٦ و ٧٧ من مجموعة ١٩٥٥ و ١٩٢٨ للائباط الارثوذكس .

(٢) ويصح أن يكون عليها أى مال من الاموال التي يجوز التعامل فيها كما يتضح ذلك من مجموعة السريان (مادة ٣٠) . وهذه المجموعة لا تفرق بينها وبين الجهاز ، ففى المادة ٢٨ تتكلم من الجهاز وتضيف أنه يقال له أيضا البائنة والدوطة ، وهو ما تأتى به المرأة من بيت زوجها بكتابة .

(٣) وتنس المادة ٧٦ من الأوامر الارثوذكس على أن « تقرير الدوطة يثبت في »

تحدد الزوجية . والقبول في هذه الحالة ينشئ الدوطة . وإذا لم يحصل قبول فإن الأموال تؤول إلى الزوجية^(١) .

وإذا ما تم إنشاء الدوطة فإن الأمر يثار بالنسبة لحقوق الزوج على أموالها . والواقع أن المسألة تخضع في الأصل لاتفاق الطرفين . فإذا تعلق الأمر بمقتول . فإنه الزوج يكتسب ملكيته أيا كان منشئ الدوطة - الزوجة أو شخص آخر غيرها - . وإذا تعلق بمقار ، كانت له الإدارة والاتقاع فقط ، أيا كان منشئ الدوطة كذلك . وكل هذا ما لم يتفق على خلافه في التصرف ذاته . وإذا ما انتقلت ملكية الأموال إلى الزوج ، فإن عمل الدوطة يكون عبارة عن قيمتها النقدية المتفق عليها في العقد ، وإلا فإنه ينظر إلى القيمة الحقيقية لها وقت إنشائها أما إذا لم تنتقل إليه الملكية ، فيكون له - أثناء قيام الحياة الزوجية - الإرادة والاتقاع ، مع بقاء ملكية الرقبة للزوجة ، أيا كانت الدوطة أو منشئوها . وفي هذه الحالة تخضع حقوق الزوج والتزاماته للقواعد الخاصة بالاتقاع ، إلا إذا اتفق على خلافه^(٢) . وإلى جانب ذلك ، فللزوج ، باعتباره مديراً للأموال ، حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بالدوطة خلال قيام الزواج .

= سجل الزواج بالطريقة قبل الاحتفال بالزواج أو بعده . وعلاوة على ذلك يسجل العقد الرسمي المقرر للدوطة في قلم الرهون المختص إذا كان محلها عقارا » .

(١) ويسأل من أنشأ الدوطة ، طبقاً لقواعد البيع ، عن السيوب المادية أو القانونية التي تلحق بعمل الدوطة ، كما يسأل كذلك عن الثمار والفوائد من يوم الزواج إذا أنشئت قبله ، ومن يوم إنشائها إذا ما أنشئت بعده ، وهذا ما لم يتفق على خلافه - وإذا ما سلمت أموال الدوطة قبل الزواج فإن ثمارها تضاف إليها ، إلى حين إتمام الزواج ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(٢) وتسن المادة ٨٠ من مجموعة الارثوذكس على أن « الدوطة » ملك للزوجة ، وللزوج حق الإدارة ... »

التصرف في أموال الدوطة . إذا تعلق الأمر بمنقول فإنه يجوز للزوج التصرف فيه برضا الزوجة دون أية إجراءات أخرى ^(١) . وتصير القيمة النقدية للأموال المتصرف فيها محلا للدوطة من وقت التصرف . أما إذا كان المراد التصرف فيه عقاراً ، فإنه لا بد من تصريح المحكمة بعد رضا الزوجة في محضر موثق أو تصريحها بذلك أمام المحكمة نفسها ^(٢)

مستولية الزوج : ويلزم الزوج في إدارة أموال الدوطة ، ببذل العناية التي يبذلها بالنسبة لشئونه الخاصة . وللزوجة أن تطلب إليه ضمانات إذا خشيت لأسباب معقولة أن تؤدي طريقته في الإدارة إلى جعل أموال الدوطة في خطر ^(٣) . ولما كانت الدوطة تعطي بمناسبة الزواج ، فإنها تظل طالما بقيت الزوجية قائمة فإذا انقضت تعين ردها إلى الزوجة أو إلى ورثتها ، ولا يعود للزوج أية

(١) وهذا الحكم خاص بالزوج الأثري . أما عن الأجنبي فقد نس في المادة ٨٠ على أنه « ليس للزوج أن يتصرف في العقار موضوع الدوطة أو يرهنه بغير رضا الزوجة . إنما للزوج أن يتصرف في المبالغ المسجلة إليه بصفة دوطة » بشرط أن يقدم عنها حساباً للزوجة » .

(٢) وتصرح المحكمة بالتصرف إذا كانت هناك ضرورة لا يمكن تفادها أو كانت هناك منفعة ظاهرة . والمحكمة أن تقيّد تصريحها بضمانات من أي نوع ، ومن بينها عدم جواز الحجز على الثمن . كما أن لها علاوة على ذلك ألا تصرح إلا بعد أن تسع أقرب أقرباء الزوجة إذا كان ذلك مستطاعاً . وفي هذه الحالة أيضاً تصير الأموال التي حصل عليها محلاً للدوطة .

وفي جميع الحالات التي تنزع فيها ملكية العقارات الخاصة بالدوطة فإن الثمن يصير مالا للدوطة بعد قرار المحكمة بمنعها للزوج « على أن تضع قيوداً وضمانات على النحو السابق في حالة بيع العقار ..

هذا وتنفي المادة ٣٤ من مجموعة **البرياني** بأنه لا يحل للمرأة أن تتصرف في أموال الدوطة (الجهاز) أو تعطيه لمن تريد بدون إذن زوجها . ولكن يسمح لها بذلك متى عملت وصيتها سواء وصيهاً لم يرش .

(٣) وإذا كان الزوج طبقاً لما تنفي به المادة ٣٦ **برياني** ، ملزماً بحفظ الاموال . وتشغيلها في حالة الدوطة ، فإنه يلزم برعاية ما يتلف منها .

حقوق على أموالها من حيث إدارتها واستغلالها^(١) ؛ ومع ذلك يحق للزوجة أن تطلب إلى القضاء انفصال أموال الدوطة قبل انحلال الرابطة الزوجية في حالات معينة ، كما إذا أساء الزوج إدارة هذه الأموال ، أو إذا كان يخشى عليها نظراً لنقص أموال الزوج ... أو إذا صدر حكم بإفلاس الزوج متى صار هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه^(٢) . وإذا ما قرر فصل أموال الدوطة تعين على الزوج ردها وأصبح للزوجة إدارتها ، واستغلالها ، بل ولها أيضاً أن تصرف فيها ، على أن تتفق من دخل أموال الدوطة على أعباء الحياة الزوجية .

هذه فكرة موجزة عن الأحكام المتعلقة بالدوطة استخلصناها من القواعد الخاصة بطائفة الروم الارثوذكس^(٣) . ويراعى أن الدوطة ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه ، كما أنها ليست أثراً مترتباً عليه ، ولهذا لا يترتب على عدم الوفاء بها فسخ الزواج . ولكنه يقوم صحيحاً مرتباً لآثاره ومنها التزام الزوج بنفقة زوجته^(٤) ، وتخص أموال الدوطة للاتفاق بين الطرفين وللعرف الجارى بين أبناء الطائفة التي ينسب إليها الزوجان ، وذلك فيما لا يخافه

(١) وتقضى المادة ٨١ من مجموعة الارمن بأنه « عند فتح الزواج يكون للزوجة الحق في استرداد الدوطة بأكملها . ومع ذلك فمحكمة أن تمنح الزوج أجلاً لردها » .
(٢) وتقضى المادة ٣٨ من مجموعة السريان بأنه مسوح للمرأة في بعض الأحوال أن تأخذ من زوجها أموال الدوطة (المهاز) وتسلمها لمن تريد ، وذلك (١) إذا كانت تخاف من أن الرجل يسلبها . (٢) إن أرادت أن تدفعها لتجارة بقصد الربح ، لأن زوجها لا يستطيع أن يتاجر بها .

(٣) أنظر تفصيل القواعد المتعلقة بالدوطة المواد ١٤٠٦ — ١٤٢٧ من القانون المدنى اليونانى . وانظر التفتين المدنى اليونانى (الأحوال الشخصية) : جورج رويوس ، تحرير محمد علي عرفه وعزير خانكي ص ١٢٥ وما بعدها .

(٤) فلا يصح تعليق النفقة على تقديم الباتنة . وهذا ما أقره القضاء . فقد طبقت محكمة =

فيه للنظام العام . وهذا ما أقرته محكمة النقض ^(١) .

وإذا كانت الدوطة تعتبر على هذا النحو من المسائل المتصلة بالزواج ،
فقد ثار الخلاف حول تكييفها ، وهل هي من مسائل الأحوال الشخصية أم من
مسائل الأحوال العينية ^(٢) .

وقد ذهب القضاء الغالب وأيدته محكمة النقض ^(٣) إلى أنها من قبيل
العقود المدنية ، وأن الاتفاق بشأنها اتفاق مالى ، وتبعا لذلك فإنها لا تدخل فى
عداد المسائل المقصودة بالأحوال الشخصية .

ولكننا لا نرى التسليم بذلك فى ظل الوضع الحالى ، وخاصة مع صراحة
فص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الذى جصل الدوطة من مسائل الأحوال

= الاسكندرية الجزئية هذه الفكرة (حكم فى ٢٤ فبراير ١٩٥٨ رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٧ غير
منشور) بين زوجين من طائفة الروم الارثوذكس . وقد طبقت المحكمة أحكام ترميتها
« بمنحة فى لأشعة حاكم الكرسي البطريركي الاسكندري التى وافق عليها الجميع المقدس لأن بناء
هذه الطائفة ، وكانت مجالسها المليئة تطبقها فى اضطراد . وليس من بينها ما يعلق طلب النفقة
على قيام الزوجة بدفع البائنة . لأنه لا تبادل بين هذين الالتزامين ولا رابطة بينهما مطلقا .
ومن ثم فإن ما يدفع به الزوج من عدم قيام المدعية ببداد البائنة لا يعول عليه . . » وانظر
عكس هذا حكما آخر من المحكمة ذاتها فى ١٤-١-١٩٥٧ رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٦ ويتبين
من هذا الحكم أن الزوجة (طالبة النفقة) لم تكن قد أوفت لزوجها بكامل بائنتها . وقد
اعتبرت المحكمة أن الزوجة قد أخلت بالتزامها قبل الزوج فى دفع البائنة له ، مما أدى إلى
التزاع بينها حول المسائل المالية ولهذا قضت المحكمة بإسقاط حق الزوجة فى اقتضاء النفقة
من زوجها

(١) حكم فى ١٣-٦-١٩٥٢ طعن رقم ١٠٢ سنة ١٩٥٢ ق ، مجموعة التواعد التى أقرتها
المحكمة فى ٢٥ علما . جزء أول قاعدة ١٧ س ١١٩
(٢) ولا يثور مثل هذا الخلاف بالنسبة للمهر ، إذ من المسلم به أنه من مسائل الأحوال
الشخصية كما تقدمنا .

(٣) أنظر الحكم الصادر فى ٢٧/٥/١٩٤٣ طعن رقم ٥ س ١٢ ق ، والحكم الصادر
فى ١٢/٦/١٩٥٢ طعن رقم ١٠٢ س ١٩ ق . والحكمان مشار إليهما فى المجموعة السابق
الإشارة إليها جزء أول س ١١٩ قاعدة رقم ١٦ و ١٧ .

الشخصية ؛ ذلك أن هذا النص ينصرف في الوقت الحاضر إلى المقصود بالأحوال الشخصية بصفة عامة ، سواء تعلق الأمر بالمواطنين أم بالأجانب ؛ مع مراعاة ما سبق لنا بيانه في هذا الصدد من حصر نطاق المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية بالنسبة للوطنيين . وتدخل الدوطة في عداد تلك المسائل . ولهذا فإن القضاء الذي يحل الدوطة من المسائل المالية يعتبر قضاء مخالفاً لصريح المادة ١٣ سالفه الذكر^(١).

ثانياً : الحقوق المشتركة بين الزوجين

١٤ - نعيد نطاق هذه الحقوق تقسيم : يترتب على الزواج الصحيح آثار مشتركة بين الزوجين . فهو يجعل من أقارب أحد الزوجين أقارب للزوج الآخر ، ولهذا نشأت حرمة المصاهرة في الدرجات والحدود التي سبق لنا بيانها . كما يترتب عليه كذلك أن يرث كل من الزوجين الآخر إذا مات قبله ، لأن الزواج يربط بينهما برباط وثيق ويجعل منهما جسداً واحداً كما جاء في الكتاب المقدس . ويترتب على الزواج أيضاً أن يثبت نسب الأولاد الذين تأتي بهم الزوجة ، حال قيامه ، من زوجها .

(١) أنظر ما سبق لنا بيانه في هذا الشأن ، رقم ١٣ ص ٤٤ وما بعدها . وانظر كذلك في نقد القضاء سالف الذكر ، وفي تأييد اعتبار الدوطة من مسائل الأحوال الشخصية : أحمد سلامة : الأحوال الشخصية لمصريين غير المسلمين وللأجانب — المدخل والتواعد العامة « سنة ١٩٥٨ » فترة ٢٢ وما بعدها ص ٣٥ وما بعدها ، وحكم محكمة استئناف القاهرة في ٤ أبريل ١٩٥٦ المشار إليه في المرجع نفسه ص ٤٢ . ويرى أحمد سلامة « السابق ص ٤١ » أن محكمة النقض بمحكمها الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ (طعن رقم ٤٢٣ ص ٢١ في المجموعة السابقة جزء أول قاعدة ٢ ص ١١٧) بدأت تمضي عن قضائها السابق .

وإلى جانب ذلك تقوم بين الزوجين حقوق وواجبات متبادلة منها حسن المعاشرة وما ينطوي تحت ذلك من واجب المعاونة والمساعدة بين الطرفين ، ومنها أيضاً التزام الزوجين بالمعيشة المشتركة وما ينطوي تحته من واجب الساكنة والمخالطة الجسدية . وسنقف قليلاً لدى هاتين المسألتين ، فتكلم أولاً عن الالتزام بحسن المعاشرة وما يتصل به من واجب المساعدة ، ثم عن الالتزام بالمعيشة المشتركة وما يتصل به أيضاً من حيث الساكنة والمخالطة .

١٤٠ مكرر (١) **حسن المعاشرة - المعاونة والمساعدة:** لا تصير الحياة الزوجية وطيدة الأركان . ولا يمكن أن تحقق الأغراض المرجوة منها دون أن تتحد النفوس اتحاداً كاملاً ، ودون أن يقوم بين الزوجين حب مستمر ، وأن يتعاونوا تعاوناً متبادلاً بالنسبة لجميع حاجاتها الضرورية في الحياة اليومية . بل أن الطبيعة نفسها تدفع الرجل والمرأة إلى الحب والتعاون المتبادل .

وقد غنيت الشرائع السماوية جميعاً بالحث على حسن المعاشرة بين الأزواج ، لأن هذا أساس سعادة الأسرة . ويمكن القول بأن الشرائع المختلفة للطوائف المسيحية تقضي بذلك وتحث عليه . فهو التزام تقضي به طبيعة الأمور ولو لم يكن هناك نص خاص بشأنه لدى طائفة من الطوائف . فعلى كل من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر ويعامله بالحسنى ، ولا يسئ إليه ، ولا يستدئ عليه بالأيذاء بقول أو فعل . وقد جاءت تعاليم المسيحية تحث على ذلك إذ تقول « احتملوا بعضكم أيها العبيد أبناء الله ليحتمل الرجل امرأته ، ولا يكون متعاضداً ولا وجهاً (ذا وجهين) ولا مرأثاً ، بل يكون رحوماً ومستقيماً ومسرعاً أن

يرضى امرأته وحدها ويثبث منها بكرامة ، ويكون محبا لها^(١) .

ويقضى حسن المعاشرة بين الزوجين أن يبذل كل منهما الود لصاحبه . وقد حث الرب الاله النساء على بذل الود لأزواجهن حيث يخاطب المرأة قائلا: « وإلى رجلك يكون اشتياقك ، وهو يسود عليك »^(٢) . وهذا الواجب يقع أيضاً على عاتق الزوج نحو زوجته . جاء في رسالة الرسول بولس إلى أهل أفسس: « أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح أيضاً الكنيسة وأسلم نفسه من أجلها ... يجب على الرجال أن يحبوا نساءهم كأجسادهم . من يجب امرأته يجب نفسه ... من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً . هذا السر عظيم ، ولكنني أقول من نحو المسيح والكنيسة وأما أنتم الأفراد ، فليحب كل واحد امرأته هكذا كنفسه ، وأما المرأة فلتحب رجلاً . »^(٣)

لحسن المعاشرة واجب متبادل بين الزوجين يتفق وما تدعو إليه المسيحية على لسان بطرس الرسول إذ يقول « والنهائية كونوا جميعاً متحدى الرأي ، بحس واحد ذوى محبة أخوية ، مشفقين لطفاء غير مجازين عن شر بشر أو عن شئمة

(١) الدسقولية (تعاليم الرسل) الطبعة الثانية ١٩٤٠ ، ص ١٣ . وجاء في المادة ١٤٥ من التواعد التي جمعها فيليب جلاذ الكاثوليك أنه « لما كانت المرأة شريكة الزوج وقرينته لا خادمت ولا أمته ، فليبه أن يؤديها متى أذنبت إلا إن رأى ذلك مفيداً لاصلاحها ولدفع الشر . غير أن هذا التأديب يجب أن يكون صادراً عن محبة وورغبة في البر ، وعن وفور عنايته بانتقان سياسة أهل البيت ، وأن يكون التأديب أخف بكثير مما يقتضيه الذنب من الجزاء » .

(٢) تكوين : الاصحاح الثالث ، عدد ١٦

(٣) أفسس : الاصحاح الخامس : عدد ٢٥ وما بعده .

يشتمية ، بل بالعكس مباركين عالمين ... »^(١) .

وقد جاءت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس فنصت على أنه « يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى » . وإذا كان على الزوج واجب الرعاية وحسن المعاشرة لزوجته على هذا النحو ، فإن على المرأة « أن تحافظ على ماله وتعتنى به وبأولاده وتلاحظ شئون بيته »^(٢) .

وحسن المعاشرة بين الزوجين يستلزم المعاونة والمساعدة على المعيشة الزوجية من كل منها . وهذا الالتزام بالمعاونة والمساعدة له جانب مادي وجانب أدبي أو معنوي^(٣) . ونعني في هذا المجال الجانب الأدبي بصفة خاصة ، أما الجانب المادي ، فإنه يدخل تحت الالتزام بالنفقة بين الزوجين على ما سنرى بعد قليل ، عند كلامنا عن هذا الالتزام باعتباره من الالتزامات التي تقع على عاتق الزوج . والالتزام بالمساعدة يقتضى أن يعين كل من الزوجين الآخر عند الحاجة . وفي أوقات الشدة والأزمات ويقع هذا الالتزام على الزوج طالما كان تنفيذه لا يعرضه للمخاطر . ولهذا فإنه في حالة الجنون والمرض الممدى مثلا ، لا يلتزم الزوج بتقديم مساعداته الشخصية ، وإنما يكون له أن يكتفى في مثل هذه الصورة ببذل العناية اللازمة لمعالجه^(٤) .

(١) رسالة بطرس الأولى . الإصحاح الثالث عدد ٨ وما بعده .

(٢) أنظر المادتين ٤٤ و ٤٥ كذلك ٤٦ و ٤٧ مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . والمادة ٤٦ و ٤٧ و ٤٨ من مجموعة الممراتان .

(٣) أنظر Do Smet ، السابق ص ٢٢٦ هامش ٣ و ٤ . وأنظر كذلك : كولان وكايتان مع ليون جوليو دولا مورانديار : السابق فقرة ١٠١٥ وما بعدها ص ٦٠٤ . بلانيول وريبير وبولانجي ، السابق فقرة ١٧٣٨ وما بعدها وخاصة فقرة ١٧٧٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجي ، السابق ، فقرة ١٧٧٢ ص ٦٢٤ . وأنظر كذلك =

هذا بالنسبة لالتزام كل من الزوجين بحسن المعاشرة ومساعدة الطرف الآخر . وهو التزام تبادل يقع على عاتق الطرفين ، كما قدما . ولكن ما الحكم إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ هذا الالتزام ؟ يمكن القول في هذا الصدد إن تخلف أحد الطرفين عن تنفيذه يعتبر إيذاء جنسيا يقع بالطرف الآخر يؤدي إلى التطلق عند الطوائف التي تتخذ من هذا سببا له ، أو إلى الانفصال الجسافي عند الطوائف الكاثوليكية ^(١) .

= فقرة ١٧٧٤ . وجيل الشرفاوى : الزواج في القانون الفرنسى والمقارن ، السابق فقرة ٥٧ ص ٢١٥ .

وقد نصت على هذا الالتزام المادة ٤٣ و ٤٥ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ للأقباط الأرثوذكس ، والمادة ٣٥ من مجموعة الأرمن : « انظر أيضاً المادة ١٩ من الحساسة القانونية ، وابن السال ص ١١٧ و ص ١٨٨ و ص ٢٠٨ و ص ٢١٥ .

(١) أنظر بلانول وريبي ، السابق ، فقرة ١٧٧٣ . وانظر المادة ٥٣ و ٥٥ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ بالنسبة للأقباط الأرثوذكس حيث تجبل من الاعتياذ على إيذاء الزوج الآخر إيذاء جنسيا يمرض صحته للخطر ، سببا لتطليق . وقد قررت المحاكم في هذا الصدد « إنه لمن أقوى الواجبات على الزوج المساهمة الكاملة في علاج زوجته والاتفاق على شئون مرضها منذ إصابتها جريا وراء واجب المعونة والمساعدة المتبادلة التي يحتتها عقد الزواج » . الأمر الذى لا يقبل معه من الزوج أن يتخلل من الزوجية لجرء إصابة زوجته بمرض قد يكون طارئا فيتركها دون أى محاولة للعلاج ، بل وأكثر من ذلك بطردها ويلقى بها عند أهلها حيث لم تجد منهم الآخرين إلا كل جفاء ، ثم يأتي بعد ذلك ويتل مرضها الذى امتنع عن البذل في سبيل إنقاذها منه وهكذا يجبل من خطئه مطية يصل بها إلى الطلاق » (القاهرة الابتدائية في ٩ فبراير ١٩٥٧ قضية ٦٨٩ سنة ١٩٥٦ في مجموعة خفاخى ورايع ، السابقة ص ٥٢) .

وانظر أيضاً المادة ٤٥ لوهن أرثوذكس ، وتنص على أنه « ويقضى أيضاً بالطلاق إذا قصر أحد الزوجين في واجبات المعونة والتجدة والحماية التي يفرضها عليه الزواج نحو الآخر » . وهذا وتجبل المادة ١٢٠ من الإرادة الرسولية من سلوك الزوج سلوكاً مجرمًا وشائناً أو من كونه خطراً جنسيا على روح الزوج الآخر أو جسده ، أو من جهل المعيشة المشتركة صبة جداً بسبب قسوته ، أو من قيامه ، بما مائل ذلك من الأمور ... تجبل منها سبباً للانفصال الجسافي .

ويراعى أنه لما كان الالتزام بحسن المعاشرة من الالتزامات التي حثت عليها تعاليم الرسل وأشاروا إليها في أكثر من موضع ، بل إنها من أهم الواجبات التي حثت عليها ، المسيحية بصفة عامة ، فإنه ينبغي العمل بأحكامه بالنسبة لجميع الطوائف المسيحية ، باعتباره أثراً من الآثار المترتبة على الزواج .

١٤٠ مكرر (١) (ب) للعيشة المشتركة (السكينة) وما يتصل بها : - أساس هذا الالتزام والنص عليه : cohabitation الهدف الأساسي من الزواج هو العيش المشترك بين الزوجين ؛ يلتزم كل منهما بالسكن مع الآخر وما يقتضيه ذلك من اختلاط بينهما ، فالزوجة ملزمة بالمعيشة مع الرجل ومعاشرته في منزله ، وهو من جانبه ملزم بقبولها فيه .

وهذا الالتزام يفرضه طبيعة الزواج والغاية منه ، ولهذا فإنه ينبغي أن يفسر على هدية قول المسيح « أما قرآتم أن الذي خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ، وقال من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً . إذا ليسا بعدائنين ، بل جسد واحد »^(١) . ولما كان أصل هذا الالتزام وارداً في الانجيل ، فإنه ينبغي التسليم به في كل الشرائع الطائفية بصفة عامة ، حتى ولو لم ينص عليه بصفة خاصة في كل منها . فهو من الأمور المسلم بها . وإذا كانت شرائع بعض الطوائف المسيحية قد عيّنت بتنظيمه ، فإنه يجب العمل بأحكامها حتى بالنسبة للطوائف التي لم تنظم أحكامه مطلقاً ، أو التي لم تنظمها بصورة مفصلة .

وقد عيّنت القواعد الخاصة بالانقباط الأرثوذكس بتنظيم أحكام هذا الالتزام

(١) أنجيل متى الاصحاح ١٩ الآيات ٤ - ٦ .

بين الزوجين ، فنصت على أنه «يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه في أى محل لائق يختاره لإقامته» ، كما نصت على أنه «يجب على الزوج أن يسكن زوجته في منزله . . . »^(١) .

هذا بالنسبة لاساس الالتزام والنص عليه . وعلينا أن نعرف بعد ذلك .. من عليه اختيار المسكن الزوجي ، وما هي شروطه ، ثم ماهو الجزء المترتب على عدم تنفيذه .

اختيار المسكن وشروطه : - لما كانت الشريعة المسيحية حريصة كغيرها من الشرائع على جعل الرئاسة في الأسرة للرجل إذ أنه رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضاً هو رأس الكنيسة ، فانه يترتب على ذلك أن يكون له اختيار المسكن الذي تقيم فيه الأسرة وأن تتبعه الزوجة فيه لتسكن معه ، وعلى الزوج أن

(١) المادة ٤٥ و ٤٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وانظر أيضا المادة ١٤٤ و ١٤٥ من المجموعتين السابقتين . والمادة ١٩ من الخلاصة القانونية . وابن السال : ص ١١٧ وكذلك ص ١٨٨ . وانظر المادة ٢٧ من مجموعة الأوامر .

وهذا الالتزام مفهوم كذلك من النصوص الخاصة بالانجيليين (انظر المادة ١٤ من القواعد الخاصة بهم) . وتنص الارادة الرسولية على هذا الالتزام في المادة ١١٧ بقولها : « يلتزم الزوجان بالعيشة الزوجية المشتركة » ما لم يذرها من ذلك سبب عادل : *justo cause* . انظر أيضا : القانون الكنسي بإشراف « ناز » : السابق فقرة ٤٥٤ ص ٤٠٣ . De Smet السابق ص ٢١٣ وما بعدها . وتنص المادة ٣١ من القواعد الخاصة بالكانونيك لنيليب جلاد على أنه « على الزوجين من باب الوثائق الزواجي أن يقيما معاً وبعيشة مشتركة » .

وقد نصت على هذا الالتزام كذلك المادة ٢١٥ مدني فرنسي فقررت أن الزوجة تلتزم بالسكن مع الزوج ، وهو ملزم بقولها منه .

قبلا . وهذا ما ينبغي التسليم به بالنسبة لطوائف المختلفة ^(١) . وإذا كان الأصل . أن الرجل أن يختار مسكن الزوجية باعتباره رب الأسرة ، فإن هذا الحق يظل له طالما جيت له حصة الرئاسة في الأسرة . فإذا لم يعد صالحا لذلك بأن أصبح غير قادر على التعبير عن إرادته بسبب انعدام أهليته لعارض من العوارض كالجنون ، أو إذا تمرد عليه ذلك بسبب غيبته أو بعده أو لاي سبب آخر ، تحمل المرأة محله في رئاسة الأسرة ، ويكون لها اختيار المسكن . وهذا ما تنص عليه بعض القوانين كالتقانون الفرنسى ^(٢) .

وينبى أن يختار الرجل المسكن المناسب للأسرة ، بحيث يتم مسكننا شرعيا ينطبق عليه هذا الوصف . وبعد المسكن شرعيا إذا كان محلا لا تقا يختاره الزوج ^(٣) ، ويكون مستوفيا للشروط الشرعية . ولكى يكون كذلك يلزم .

١ - أن يكون مناسبا لحال الزوجين ، لا تقا يصلح للاقامة فيه . فإذا كان

(١) انظر المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية . والمواد ٢١٣ و ٢١٥ من القانون المدنى الفرنسى ، وبلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٧٦٠ و ١٧٩٨ . فلا توجد مساواة مطلقة من حيث القانون أو الواقع بين الرجل والمرأة . وإذا كانت المادة ١٠١ من الارادة الرسولية للكاتوليك تجعل المرأة تشارك الزوج في حالته من حيث جميع الآثار الكنسية للزواج ما لم يرد خلاف ذلك في قواعد خاصة ، إلا أن من المسلم به كذلك عدم تساويهما في الحقوق والواجبات بصورة مطلقة ، لأن للرجل دور الرئاسة وتقع عليه المسئولية ، ولهذا فانه هو الذى يختار مسكن الأسرة (انظر في هذا : القانون الكنى بأشراف د ناز ، السابق فقرة ٤٤٢ ص ٣٩٠)

(٢) المادة ٣/٢١٣ مدنى فرنسى . وانظر كذلك : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق

فقرة ١٧٢٣

(٣) المادة ٤٥ و ٤٧ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وانظر في الشروط اللازمة لتوافر المسكن الشرعى : عمر عبد الله ، السابق ص ٢٦٤ : محمد أبوزهرة السابق فقرة ٢٠٠ ص ٢٤٨ .

غير صحي مثلاً ، وكان يترتب على الإقامة فيه تعريض صحة الزوجة للأخطار ، لا يعد شرعياً . وإذا ما كان المسكن الذى اختاره الزوج يعرض الأُسرة للمخاطر أياً كانت هذه المخاطر مادية أو أدبية معنوية ، فإنه لا يكون شرعياً . وتبعاً لذلك يكون للمرأة أن تلجأ إلى القضاء لكى تصرح المحكمة لها بعدم متابعة الزوج فى مثل هذا المسكن ، ويحدد لها القضاء المسكن الملائم ^(١) .

ويستبر المسكن صالحاً للإقامة فيه متى كان مؤثماً بطريقة مناسبة ، ومهيئاً بما يلزم . فإذا لم يكن كذلك فلا يعد مسكناً شرعياً . وهذا ما أقره القضاء عندنا ^(٢)

٢ - يجب أن يكون المسكن مستقلاً : فلا تجبر الزوجة على إسكان أحد ممها ، ولو كان من أهل زوجها ، سوى أولاده من غيرها ^(٣) ، ما لم يأمر القضاء

(١) وهذا ما يقره القانون الفرنسى فى المادة ٢/٢١٥ مدنى . انظر بلانويول وريير وبولانجى ، السابق ، الفقرات ١٧٩٩ - ١٨٠١

(٢) فإذا استأجر الزوج المسكن ، وتركه خالياً ولم يسكن فيه ، ولم يبيته بما يلزم من الأثاثات التى تجعله صالحاً للإقامة فيه ، وإنما استأجره فقط ليدراً عن نفسه حكم النفقة ، فإنه لا يعتبر سكناً شرعياً تجب الزوجة فى ظلاله راحتها (انظر استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ قضية رقم ٣١٢ س ٧٣ ق) (بين إسرائيلين) مشار إليه مجموعة فى خفاجى ورابع ص ٤٦) .

(٣) فإذا قصرت الزوجة فى القيام على تربية أبناء زوجها من زوجة أخرى ، وهجرت منزل الزوجية ، فإن تركها له يكون على غير مبرر ، الأمر الذى يسقط حقها فى اقتضاء نفقتها من زوجها إحصالاً لنص المادة ١٤٢ من لائحة الأحوال الشخصية للأقطاب الأرثوذكس (محكمة الاسكندرية الجزئية فى ٨ أكتوبر ١٩٥٦ رقم ٩١ لسنة ١٩٥٦ - غير منشور) . فإذا هجرت منزل الزوجية فى هذه الحالة بسبب اعتداء أبناء زوجها عليها بالضرب فلا تترتب عليها إن طلبت إقامتها فى سكن مستقل تلافاً لفتزاع بينها وبينهم . وعدم استجابة الزوج لهذه الرغبة دليل على عدم أماته على زوجته ، الأمر الذى ترى منه المحكمة أن ترك المدعية لمنزل الزوجية له ما يبرره ، ويكون دفع الزوج بسقوط حقها فى النفقة على غير أساس من القانون سليم ، يستوجب الرضخ (طنطا فى ٦ مارس ١٩٥٧ رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٦ جدول عمومي غير منشور) .

ينفي ذلك في حالة ما إذا كان الزوج ملزماً بالنفقة لبعض الأشخاص ولا يستطيع دفعها قدماً . فإذا ثبت ذلك كان للعضء أن يأمر بأن يسكن في منزله من تجب عليه نفقته وأن يقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة ^(١) .

وإذا كان الأصل هو أن يكون مسكن الزوجية مستقلاً على هذا النحو ، فإن المحكمة من ذلك هي تلافى ما قد تعرض له الزوجة في إقامتها مع الغير من مضايقات وأضرار ، حتى ولو كانت هذه الأضرار أذية : وهذا يعد إهداء لها ، ولو كان هؤلاء الغير من أقارب الزوج ، وبصفة خاصة إذا كانوا يعملون دائمين على الكيد لها وإلحاق الضرر بها . فنزل هذا حال ساكنيه لا يمكن أن تتوافر فيه أسباب الطمأنينة والمدوء ، وهو بهذا الوضع لا يعتبر مسكناً شرعياً تجدد الزوجة في ظلالة راحتها وأمنها ^(٢) .

وطلب الزوجة مسكناً مستقلاً يعتبر أمراً مشروعاً ، حتى ولو كان الزوج يسكن مع والدته ، وخاصة بعد أن لاح للزوجة عدم انتظام الحياة الزوجية معها ^(٣) ولا يسقط حق الزوجة في طلبها هذا قبول والدته معها فترة من الزمن ، كان

(١) أنظر المادتين ١٤٤ و ١٣٩ و ١٤٩ و ١٤٤ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط

الأرثوذكس .

(٢) استئناف القاهرة في ١٩٥٧/٢/٦ رقم ٢١٧ ص ٧٣ ق (أنظر الحكم في خلاهي ، وراج ، السابقة رقم ٩ ص ٤٥ . وانظر حكماً آخر لمحكمة القاهرة الابتدائية في ١ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ١٦٣٢ لسنة ١٩٥٦ - المرجع السابق رقم ٧ ص ٤٤ وكذلك استئناف القاهرة في ١٩ - ١٢ - ١٩٥٧ القضيتان رقم ١٤١ و ١٤٢ ص ٧٣ ق . المرجع السابق رقم ٨ ص ٤٥ .

(٣) الاسكندرية الابتدائية في ٢٦ - ٩ - ١٩٥٦ قضية رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، المرجع السابق رقم ٦ ص ٤٤ .

مرجعها التسامح المؤقت من جانب الزوجة ^(١) . هذا ما لم يكن الزوج ملزماً بالاتفاق على والدته وكان لا يستطيع دفع النفقة قدماً ورأت المحكمة أن تسكن معه وأن يقدم لها ما يحتاجه من طعام وكسوة بدلاً من النقود . ففى رأيت المحكمة ذلك إعمالاً للمادة ١٣٩ من مجموعة الاقباط الارثوذكس لسنة ١٩٥٥ أقامت والدته معها ^(٢) .

على أنه إذا كان للزوجة أن تسكن مستقلة عن أهل زوجها على النحو السابق ، فانه ليس لها أن تسكن معها أحد من أهلها فى بيت الزوج إلا برضائه (مادة ١٤٤ من مجموعة الاقباط سنة ١٩٥٥) . هذا الرضا من جانب الزوج يسقط اعتراضه فيما بعد ، وهو ما يقره القضاء ^(٣) . وإن كنا نرى فى هذا الصدد كذلك أن التسامح المؤقت من جانب الزوج لا يعنى قبوله باسكان أهل زوجته معها ، ولا يسقط حقه فى الاستقلال بالسكن مع زوجته .

جزء الاخلال بالالتزام بالمساكنة : عرضنا فيما سبق لاختيار المسكن وشروطه . ويثور الكلام بعد ذلك عن الجزاء فى حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام بين الزوجين .

(١) فإذا استطاع الزوجان وقتاً ما أن يسكنا مع والدته الزوج ، على ما كان بينهما من احتكاك سابق فان هذا لا يغير من الوضع ولا يفى الزوج من تينة مسكن مستقل ، مادام أنه قادر عليه (الاسكندرية فى ١٦-٤ - ١٩٥٦ قضية رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٦ المرجع السابق رقم ١ ص ٤٣) .

(٢) فإذا لم يدل الزوج على أن والدته تحب عليه نفقتها فانه لا محل لأعمال نص المادة ١٣٩ من اللائحة (الاقباط الارثوذكس) وتكون زوجته (المدية) محقة إذا ما رفضت أن تسكن مع والدته المدعى عليه ، ويكون حقها فى اقتضاء نفقتها من زوجها ولا زال قائماً (اسكندرية الجزئية فى ٢٤ سبتمبر ١٩٥٦ رقم ١٠٩ سنة ١٩٥٦ - غير منشور) .

(٣) استئناف القاهرة فى ٣٠-٥-١٩٥٦ رقم ١٢٧ س ٧٢ ق . خناجى وراجح - رقم ٣ ص ٤٤) .

لا جدال في أن هذا الالتزام التزم تبادلي يترتب على الزواج الصحيح^(١)، ويظل قائماً بالنسبة للطرفين طالما بقيت الرابطة الزوجية^(٢). فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذه، فإذا يكون الحكم. تفرق في هذا الصدد بين ما إذا كان عدم التنفيذ من جانب المرأة أو ما إذا كان من جانب الرجل.

لا جدال في أنه إذا أعد الزوج المسكن المستوفى للشروط السابق بيانها كان على الزوجة أن تتبعه فيه؛ فإذا لم تتبعه أو إذا تركته دون أن يكون هناك مبرر لموقفها، كان على الزوج أن يدعوها إلى تنفيذ التزامها بالمساكنة، فإن أبت كان له أن يدخلها في طاعته. على نحو ما سنبين فيما يلي عند كلامنا عن

(١) ولا يمكن للزوجين أن يتفقا على عدم القيام به، إذ مثل هذا الاتفاق يتناقض مع جوهر الزواج وأغراضه، ويعد تباً لذلك منافي لنظام العام. وهذا ما يقره القضاء الفرنسي: كولان وكايتان ودولامورنديار، السابق فقرة ١٠١٣ ص ٦٠٢. بلانيول وديير وبولانجي، السابق فقرة ١٧٢١ ص ٦١٠. وانظر بصفة خاصة في هذا الموضوع رسالة: Richardot : Des pactes de séparation amiable entre époux, Dijon, 19٤0.

(٢) ولكن قد يتصور وقف تنفيذ هذا الالتزام في بعض الأحيان، كما إذا استحال ذلك بسبب قوة قاهرة باعدت بين الطرفين كالحرب مثلاً، أو إذا وقع الزوج في الأسر، وكذلك حال غيبته حتى تتقرر حياته أو موته (انظر في هذا ابن الصال. السابق ص ٢١٦ - ٢١٧ وكذلك الخلاصة القانونية مسألة ٢٥ السب التاسع). وكذلك يوقف تنفيذ الالتزام في حالة الانفصال الجسدي بين الطرفين عند الطوائف التي تتيح ذلك (انظر في الحالات التي يتوقف فيها هذا الالتزام: بلانيول وديير وبولانجي، السابق، فقرة ١٧٢٠ وما بعدها ص ٦٠٨. كولان وكايتان ودولامورنديار، السابق فقرة ١٠١٣ ص ٦٠٢). وهناك حالة يوقف فيها هذا الالتزام وما يؤدي إليه من المخاطلة أشار إليها ابن الصال في كتابه ص ٢١٦ حيث يقول « ومن تزوج بامرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء في بدنها مثل الجذام البرص، إن هو أحب مفارقتها فولية أن يعطيها مهرها وجهازها، وإن لم يجب مفارقتها، فباح له اعتزالها بشرط أن يجري عليها النفقة على قدر ماله، لأن الذي جرى عليها لم يكن بهوها ولا هواه ».

٢ الطاعة - وإلا اعتبرت ناشرا ، وترتب على ذلك سقوط حقها في النفقة ^(١) .
ذلك لأن عقد الزواج في الشريعة المسيحية يعد عقدا تبادليا ، إلى جانب كونه
من المقدسات الدينية ، وهو تبعا لذلك يفرض على كلا طرفيه التزامات متبادلة ،
فإذا أخل أحد من الطرفين بالتزامه كان من حق الطرف الآخر أن يتمتع بدوره
عن تنفيذ التزامه . ولهذا إذا أخلت الزوجة بواجبها في طاعة زوجها ، فإنها تكون
قد نشرت عنه ، ولا وجه لها في مطالبة بالانفاق عليها . وهذا ما قضت به
المحاكم ^(٢) .

وعلى العكس من ذلك إذا أخل الزوج بتنفيذ التزامه ولم يقدّم باعداد
المسكن الشرعي الذي تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ، فإن امتناع الزوجة عن
تنفيذ التزامها بالمساكنة لا يعد نشوزا من جانبها ، إذ هناك سبب مشروع يبرر

(١) وفي هذا المعنى تنص المادة ١٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاط الأرثوذكس على أنه
« يسقط حق الزوجة في النفقة إذا تركت زوجها بغير مسوغ شرعي أو أبت السفر معه إلى الجهة
التي نقل إليها محل إقامته بدون سبب مقبول » وانظر أيضا المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ .
وكذلك المادة ٢٧ لوهمن وهي تقضى بأن يفتى الزوج من الالتزام بالنفقة « إذا غادرت
الزوجة منزل الزوجية بغير إذنه » .

(٢) (الاسكندرية الجزئية في ٢٣ - ٩ - ١٩٥٧ قضية رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٧ ، (غير
منشور) . وقد جاءت أحكام كثيرة في هذا المعنى . انظر حكما من المحكمة السابقة (غير
منشور كذلك) في ١٤ - ١ - ١٩٥٧ رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٦ . وكذلك (المحكمة نفسها
في ٨ - ١٠ - ١٩٥٦ رقم ٩١ لسنة ١٩٥٦ وقد أشير إلى هذا الحكم في ص ١٦٦ هامش ٣
كما قضى بأن الزوجة تعتبر ناشرا إذا خرجت بدون إذن الزوج ورغم سابقة اعتراضه عليها ،
وهذا يستوجب سقوط حقها في انتضاء النفقة (نفس المحكمة في ١٣ يناير ١٩٥٨ رقم ١٥٢
لسنة ١٩٥٧ وانظر استئناف القاهرة في ١٦ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٢١ س ٧٣ منشور
في خلافي وراجع ، السابق ص ٣٩ رقم ٨ وكذلك حكما في ١٢ - ٦ - ١٩٥٦ بنفس
الصفحة من المرجع السابق تحت رقم ١٠ وحكما في ١٧ - ٤ - ١٩٥٧ رقم ٢١٩ س ٧٣ في
المرجع نفسه ص ٤٠ رقم ١٣ .

هذا الامتناع^(١) . ويكون للزوجة أن تلجأ إلى القضاء ليقرر انتقالها إلى مكان آخر ؛ فإذا أبى الزوج متابعتها في المسكن الذي يقرره القضاء ، كان مخلا بالتزامه قبلها . ولما لم تكن هناك وسيلة قانونية لإجبار الزوج على تنفيذ التزامه بالمساكنة - كما هو الشأن بالنسبة للطاعة في حالة الزوجة - فإن عدم تنفيذه يترتب عليه الزامه بالنفقة لزوجته .

وإلى جانب إخلال الزوج بالتزامه باعداد المسكن الشرعي ، فإن الزوجة تستطيع أن توقف تنفيذ التزامها بالمساكنة إذا ما امتنع الزوج عن الاتفاق عليها . ذلك أن قيام الزوجة بالالتزام المفروض عليها بمساكنة زوجها مرهون بقيام هذا الأخير بالتزامه نحوها بالاتفاق عليها . . . فإذا لم يقدم ما يدل على قيامه بأداء النفقة المحكوم بها ، فانه لا يحكم له بوجوب مساكنتها وإطاعته . إذ أن إخلاله بهذا الالتزام يجعل الزوجة في حل من عدم تنفيذ التزامها قبله^(٢) .

(١) انظر محكمة الاسكندرية الجزئية في ٢٧ - ٧ - ١٩٥٧ رقم ٦ لسنة ١٩٥٧ - غير منشور ونس المحكمة في ٢٤ سبتمبر ١٩٥٦ رقم ١٠١ سنة ١٩٥٦ - غير منشور . وحكم محكمة طنطا في ٦ مارس ١٩٥٧ رقم ١١٩٤ لسنة ١٩٥٦ (جدول عمومي) ، غير منشور .

(٢) انظر الأحكام الصادرة من محكمة الاسكندرية الجزئية ، وهي غير منشورة ، في ٢٦ ٣ ١٩٥٦ رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ٢٩ - ٤ - ١٩٥٧ رقم ٤٤ لسنة ١٩٥٧ ، وفي ٢٤ ٢ - ١٩٥٨ رقم ١٦ لسنة ١٩٥٧ ، وفي ٢٨ - ١ - ١٩٥٧ رقم ١٩٤ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ١٧ - ٩ - ١٩٥٦ رقم ١٣٨ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ١٩ - ١١ - ١٩٥٦ - رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ٢٦ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ١٩٠ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ٢٤ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ١١ - ١ - ١٩٥٧ ، وفي ٧٣ - ٧٣ - ١٩٥٧ ، وفي ٢٧ يناير ١٩٥٨ القضية رقم ١١ لسنة ١٩٥٨ .

رند قضى بأن مجرد سوء التفاهم بين الزوج ووالد الزوجة بشأن الحساب المتداول بينهما = .

ومن الأسباب التي تدعو إلى توقف تنفيذ الالتزام بالمساكنة كذلك من جانب الزوجة امتناع الزوج عن التزامه بالمعاونة ، أو إذا صارت الحياة الزوجية مستحيلة استحالة معنوية لسوء معاملة الزوج ^(١) أو إذا أساء إليها الزوج عن طريق إحضار عشيقته إلى منزل الزوجية ^(٢) . أو إذا طردها من منزل الزوجية ^(٣) .

هذا ويراعى أنه قد يترتب على الإخلال بالالتزام بالمساكنة ، إلى جانب ما سبق ، إمكان الحكم بالفرقة التمهيدية أو التعويض على الزوج الذي يخل بالتزامه ، كما أنه قد يعتبر سببا من الأسباب التي تميز طلب الحكم بالتطليق ، إذا توافرت شروط التطليق بسبب المهرج ، ^(٤) على ما سئرى .

= لا يدعى سبباً من شأنه أن ينهض طاملاً يحول دون حق الزوجة في اقتضاء نفقتها من الزوج (نفس المحكمة في ٩ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ١٩٥٧ لسنة ١٩٥٧ . كما قضى بأن إخلال الزوج بواجبه في أداء النفقة يجعل من حق الزوجة أن تطلب الانفصال الجسماني حسب شريعة الكاثوليك) استئناف القاهرة في ٢١ - ٥ - ١٩٥٨ رقم ١٤ س ٧٥ خفاجي وراجع ، ص ٤١)

وانظر أيضا المادة ١١٨ من مجموعة **السريلانك الأرثوذكس** والتعليق عليها .

(١) ومن ذلك مثلا تصرف الزوج في منقولات الزوجة ومساكنها « الاسكندرية الجزئية في ١٦ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٨ » . وقد قضى بأنه « إذا أجمع الشهود على أن الزوجة هددت بالانتحار حرقاً إن تركتها أمها . فإن في هذا ما يؤكد مبلغ ضجرها من مبيتها » ولم يقدم دليل على أن خروجها وتركها منزل الزوجية كان بلا مبرر ، الأمر الذي يبق حتماً في اقتضاء نفقتها من زوجها » نفس المحكمة في ٨/١٠/١٩٥٦ رقم ١٢٠ لسنة ١٩٥٦ » والمحكمة غير منشورين . ومن ذلك أيضاً حالة ما إذا اعتدى الزوج عليها بالفرب « انظر استئناف القاهرة في ٢٠ - ١٢ - ١٩٥٦ القضيتان رقم ١٤١ و ١٤٢ س ٧٢ ق ، خفاجي وراجع س ٤٠ رقم ١٢ .

(٢) كولان وكايتان ، السابق ، فترة ١٠١٣ - ٦٠٢ . بلانيول وريبير وبولانجي ، السابق ، فترة ١٧٢٤ و ١٧٢٥ .

(٣) استئناف القاهرة في ١٦-٥-١٩٥٦ رقم ١٢١ س ٧٣ ق « خفاجي وراجع ، ص ٢٩ رقم ٩ » .

(٤) أنظر في الجزاءات على مخالفة تنفيذ الالتزام بالمساكنة في فرنسا : كولان وكايتان السابق ، فترة ١٠١٤ . بلانيول وريبير وبولانجي ، السابق ، فترة ١٧٢٦ وما بعدها .

ما يقتضيه الالتزام بالسكينة - المخالطة الجسدية : ويتصل بالالتزام الزوجين بالمساكنة التزام آخر هو التزام كل منهما بالمخالطة الجسدية ^(١) . ويقابل هذا الالتزام حق كل من الطرفين في الاتصال بالطرف الآخر على الوجه المشروع الذي تتحقق معه أغراض الزواج الرئيسية وهي المحافظة على الجنس . وهذا الحق متبادل بين الزوجين ، فلا يجوز لأى منهما أن يتمتع عن الآخر إلا لسبب مشروع ، كما في أيام الحيض والنفاس بالنسبة للمرأة مثلاً ^(٢) . ويمارس الزوجان حقوقهما في هذا الصدد بما يتفق وسن كل منهما وظروفه الصحية . وحق المخالطة الجسدية بين الزوجين قاصر عليهما فقط ، فللزوج وحده حق الاختلاط على زوجته ، وللزوجة وحدها حق الاختلاط على زوجها ^(٣) .

وإذا كان حق كل منهما على جسد الآخر قاصراً عليه وحده ، فإنه يترتب

(١) أنظر في هذا De Smet ، السابق ص ١٧٢ وما بعدها .

(٢) أنظر المسألة ٣٠ من الخلاصة القانونية ، وهي تبين الأيام التي يتمتع الزوجان فيها عن الاجتماع وانظر تعليقات جرجس فيلتاؤس عوض على هامش الخلاصة في صدد المسألة ٣٠ ، وكذلك ابن العسال ، السابق ص ٣٠٩ - ٣١٠ . وانظر المادة ٤٥ من مجموعة السريان الأثوثوكس .

(٣) جاء في رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس : « ليوف الرجل المرأة حقها الواجب وكذلك المرأة أيضاً الرجل . ليس للمرأة تسلط على جسدها بل للرجل . وكذلك الرجل أيضاً ليس له تسلط على جسده بل للمرأة » (الاصطلاح السابق ، عدد ٢ - ٤) وهذا هو المعنى الذي جاءت به الإرادة الرسولية في المادة ٧٢ فقرة ٢ منها ، إذ نصت على أن الرضا الزوجي هو فعل إرادة (أى عمل إرادى acte de volonté) به يطلى كل من الزوجين حقاً على جسده ويقبل حقاً على جسد صاحبه . وهو حق مؤبد وعصوري بين الزوجين دون سواهما فيما يتعلق بالأطفال المرتبة بذاتها ولولادة البين . كما تنص المادة ١٠٠ منها بأن لكل من الزوجين منذ قيام الزواج - حق ، وعليه واجب ، وذلك بالنسبة للأفعال الخاصة بالحياة الزوجية ، وهما متساويان في ذلك . انظر شرح النص المقابل لمادة ١٠٠ من الإرادة الرسولية ، القانون الكنسي بأشراف « ناز » السابق ، فقرة ٤٤١ .

على ذلك أن كل محاولة للاتصال بالغير تعد غير مشروعة . وهذا ما عليه طبيعة الزواج المسيحي من حيث وحدة الزوج . وإذا ما خالف أحدهما ذلك كان هذا إخلالا بما يجب عليه من الأمانة والاخلاص للزوج الآخر ، وهذا الإخلال من شأنه أن يؤدي إلى التخليق أو الانفصال الجسدي بين الزوجين . ويعد اتصالا غير مشروع كذلك ، يشبه الزنا ، حالة ما إذا تزوج أحدهما بزوج آخر حال قيام الزواج ، لأن هذا الزواج الثاني يعد زنا في الشريعة المسيحية التي لا تبيح التزوج بأكثر من واحدة ^(١) .

ولا تمتد حقوق الزوجين وواجباتهما في صدد المخالطة الجسدية إلا إلى الاستعمال المشروع فقط للزواج . فكل ما يؤدي بطبيعته إلى الانجاب يعد

(١) هذا فضلا عما يتعرض له الزاني من جزاءات جنائية .

وقد نصت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة على هذا الواجب ، فأرجبت المادة ٥١٣ و ٥١٤ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٤٨ للاقتباط الأرثوذكس على كل من الزوجين الأمانة : وجاه في المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية أن « للرجل وحده على زوجته حق الاختلاط الزواحي دون غيره .. وللزوجة عليه حق الاختلاط الزواحي دون غيرها ... » . وانظر ابن السال السابق ص ٢٠٨ . وكذلك المادة ٤٧ من مجموعة السريان ، حيث توجب « أن يحافظ كل من الزوجين على حقوق الآخر ... » . وكذلك المادة ٢٥ من مجموعة الأرمن . وهو ما تنفي به كذلك القواعد الخاصة بالانجيليين المادة ١٨ . وتحيل الإرادة الرسولية لكاثوليك في المادة ١١٨ من الزنا سببا للاتصال الجسدي بين الزوجين .

وانظر أيضاً في هذا الواجب : كولان وكايتان ودولامورانديار . السابق ، فقرة ١٠٠٩ .
— ١٠١١ . بلانول ودييد وبولانجي ، السابق فقرة ١٧٤٢ وما بعدها .

ويرامى أن ما يقصد من الزنا وخاصة لدى الفقهاء المسيحيين لا يقتصر على الزنا الحقيقي ، بل يمتد كذلك إلى كل ما يؤدي إليه ، وهو الزنا الحكمي ، على ما سنرى في حينه عند الكلام من الزنا كسب من أسباب التخليق . وانظر كذلك المادة ٥١ لوهن والتي تنفي بأنه يحكم بالطلاق « إذا سلك أحدهما سلوكا ميبا لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوج الآخر ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا ... »

مشروعاً . وما يخالف ذلك لا يعتبر مشروعاً . ونتيجة لذلك لا يعتبر مشروعاً الاتصال غير الطبيعي ، ولا يلزم به الزوج الآخر . كما أن كل ما من شأنه أن يمنع تحقيق هذه الغاية . وهى الإنجاب ، يعتبر غير مشروع ، ولهذا لا يجوز للرجل إذا أتى زوجته أن ينزل عنها مثلاً رغبة فى عدم حصول الحمل أو لأى غرض آخر ^(١) .

وفى صدد حق المخالطة الجسدية بين الزوجين ، ينبغى أن نفرق بين وجود الحق نفسه وبين ممارسته واستعماله . فطالما بقى الزواج ، بقى الحق للزوجين . ومع ذلك ، فقد تطرأ ظروف بالنسبة لأحدهما أو لكليهما تؤدى إلى وقف استعماله مع قيام الزواج . وقد يكون هذا مؤقتاً ، كما قد يكون لمدة غير محدودة . وهذا ما يحصل فى حالة الحيض والتفاس ، كما قد منا . وهو ما يحصل كذلك فى حالة الانفصال الجسدى بين الطرفين ^(٢) .

ثالثاً : حقوق الزوجة على زوجها - النفقة الزوجية

١٤١ - وجوبها أصلاً على الزوج - تقسيم البحث فى موضوع النفقة : يلتزم الزوج بالاتفاق على زوجته من حين العقد ، فالنفقة واجبة عليه فى الأصل ، وهى واجبة عليه لزوجته حتى ولو كانت موسرة ، كما أنه إذا امتنع عن الاتفاق عليها

(١) أنظر فى هذا : المسألة ٢١ من الخلاصة القانونية ، وابن السال ، السابق ص ٢١٠ - ٢١١ وانظر كذلك De Smet السابق ص ١٨٩ وما بعدها .

(٢) أنظر تفصيل هذا الموضوع فى De Smet السابق ص ١٨٢ وما بعدها . وانظر ابن السال ، السابق ص ٢١٦ - وانظر أيضاً فى بناء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفرائش ، المسألة ٣٠ من الخلاصة القانونية ، والمادة ١٠٨ من مجموعة المريان .

مع قدرته أمكن إجباره على تنفيذ التزامه بل وجبهه إذا لم يمثل . ولهذا فأننا
تسكلم عنها باعتبارها حفا للزوجة على زوجها ، إذ هي واجبة أصلا عليه ^(١) . وهذا
ما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية في شأن النفقة . والواقع أنه لا يوجد ما يمنع
من الاستناره بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ، وخاصة أن هذه الأحكام
تتصل بمسائل مالية وليست متعلقة بالعقيدة الدينية ، مما يدعو إلى النظر في وضع

(١) وإذا كان من الممكن إسقاط النفقة عن الزوج إذا كانت زوجته موسرة (انظر
مجلس على فرهي دمنهور في ١٩٥٤/٢/٢٦ خفاني ورابع ص ٣٨ رقم ٥) فان هذا يدل
استثناء مشروطا بعدم استطاعته الكسب ، مع إصراره وعدم مقدرته على الانساق . وإذا
امتنت الزوجة فانها لا تجبس كلزوج . واسقاط النفقة عن الزوج في مثل هذه الحالة يتفق
مع روح الشريعة المسيحية التي تدعو الناس إلى المحبة والوئام ، مما حدا إلى الناس في القواعد
الحامسة ببعض الطوائف المسيحية على وجوب « النفقة على الزوجة لزوجها المسر » إذا لم يكن
يستطيع الكسب وكانت هي قادرة على الانفاق « (مادة ١٤٦ مجموعة ١٩٥٥ للابسط
الأرتوذكس . والمادة ٢١ من قواعد الأقباط الكاثوليك والتي تقضي بأن « الزوجة الموسرة
ملزمة بنفقة زوجها المسر في حالة عجزه » . وانظر كذلك المسألة ١٩ من الخلاصة ، وابن
الصال ص ٢٠٧ وابن لقلق في ملحق ابن الصال ص ٢٣ حيث يقول « إذا كان الرجل
مسرا لزم زوجته أن تموله هو وأولاده من جميع الجهاز » . وفي نفس المعنى المادة ٤٨ من
مجموعة السريان وهي تقضي بأنه « إذا اختار وكانت هي موسرة تلزم بمساعدته على قدر
إمكانها » . والمادة ٢٨ لوهن وهي تقضي بأنه « إذا كان الزوج معوزا وطعرا عن كسب
حيث لمرض أو شيخوخة وجب على الزوجة أن تتفق عليه إذا سعت حالتها المالية بذلك » .

والواقع أن التزام الزوجة بالنفقة في هذه الحالة التزام استثنائي ، يجب أن يحدد في
أضيق نطاق . فيلزم أن يكون الزوج المسر غير قادر على التكسب . فإذا كان في استطاعته
التكسب وتقاعد ، لا تلزم الزوجة بالانفاق عليه . وبالإضافة إلى هذا فانه لما كان الأصل هو
وجوب النفقة على الزوج ، مما كانت الزوجة موسرة ، وأن الاستثناء هو وجوبها على الزوجة
للقادرة عليها إذا كان الزوج مسرا طعرا عن التكسب ، فانه يجب أن يراعى ألا يطبق هذا
الحكم الأخير لدى الطوائف المسيحية إلا بنس خاص . انظر كذلك ما أوردته المادة ١١٨
من مجموعة السريان الأرتوذكس . وانظر في هذا المعنى وفي إعمال أحكام الشريعة الإسلامية
بالنسبة للطوائف التي لم ينس هندها على التزام الزوجة بالنفقة في هذه الحالة : أحد سلامة
السابق ط ٢ رقم ٣١٦ ص ٦٩٧ .

قواعد موحدة بشأنها تطبق على جميع المواطنين . ولهذا لا نرى مانعاً من الالتجاء إلى ما قرره الشريعة الإسلامية في شأن أحكام النفقة ، كما أعوزنا الحكم لدى غير المسلمين ، خاصة وأن بعض الطوائف المسيحية لم يعرض لتنظيم النفقة أصلاً أو لم يعرض لها بأحكام مفصلة ، وذلك عدا بعض الطوائف كالأقباط الأرثوذكس ، إذ أوردوا تفصيلاً في هذا الصدد أكثر من غيرهم من الطوائف الأخرى (١) .

وكلامنا عن النفقة يقتضى أن نعرض لأصل وجوبها ، ثم لكيفية أدائها ، وأساس تقديرها ، والجزاء على الامتناع عنها وحكم امتناع الزوج عن أدائها ، ثم عن تقادم دين النفقة واقتضاؤه ، كما نتكلم كذلك عن حكم نفقة زوجة الفائب .

أصل وجوبها : - والنفقة هي كل ما يلزم للقيام بأود الشخص من طعام وكسوة وسكنى ، وكذلك نفقة العلاج في حالة المرض . وهي واجبة على الزوج

(١) ولم يرد في الإرادة الرسولية للكاتوليك تنظيم لأحكام النفقة . ولكن هذا لا يعنى عدم تطبيق القواعد الخاصة بها عليهم . وتنظم القواعد الخاصة بالاخياط الكاتوليك مسألة النفقة (انظر المادتين ٢٠ و ٢١ من تلك القواعد جميعاً صالغ جنى في المرجع ١٩٥٦ ص ١٩٤) . كما أن المادة ١٤١ من القواعد الخاصة بالطوائف الكاثوليكية التي جميعاً فيليب جلاذ ، السابق ، تنص على أن « حققة الزوجة » أعني طعامها وكسوتها وسكنائها ، يجب على الزوج ، وإن كانت غنية لاحتباساً في مصلحته . وفي المادة ١٤٢ من تلك القواعد أن « على الزوجين أن يمتنع كل منهما صاحبه ويكفيه مآشيه على ما يليق بمجته » . وقد طبق القضاء أحكام النفقة بين الكاتوليك على ما يناء من قبل (انظر استئناف القاهرة في ٢١ - ٥ - ٥٨ رقم ١٤ ص ٧٥ ق بمجموعة خضامي ورابع ص ٤١ ويضع من المادة ١٥ من القواعد الخاصة بالانجيليين أن النفقة واجبة على الزوج إذا جاء فيها أنه إذا كان الزوج سيباً في المفارقة « وجبت عليه النفقة لاسرأته وأولاده الذين في رضاعتها أو حضانتها ، باعاً الزوجين على تقديرها أو تقديرها من السلطة المختصة . وإن كانت الزوجة سبب المفارقة فلا تلزمه النفقة عليها » إلا إذا كان له أولاد في رضاعتها » .

زوجته^(١) من حين العقد الصحيح ،^(٢) سواء كان غنياً أم فقيراً . ووجوبها من حين العقد الصحيح يعني إلزام الزواج بها من ذلك الحين حتى ولو لم يحصل دخول ، أى حتى ولو لم تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية . ويظل الزوج ملتزماً بها من حين العقد الصحيح إلى أن تنقضى الرابطة الزوجية^(٣) .

ولكى تستحق الزوجة على زوجها ، يتعين أن تكون محتسبة - أو مستعدة للاحتباس - من أجله في منزل الزوجية ، حتى يستطيع استيفاء حقوق الزوجية كاملة متى شاء . فإذا فوتت عليه حقه في الاحتباس لا تستحق النفقة لعدم تحقق.

(١) فلا تحب النفقة الزوجة للزوجة على شقيق زوجها حتى ولو كان زوجها مسرراً انظر تفصيل هذا في حكم لمحكمة الاسكندرية الجزئية في ٢٨-٤-١٩٥٨ رقم ١٧ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) . كما لا تجب على والد الزوج إذا ما جند هذا الأخير (نفس المحكمة في ١٤-٣-١٩٥٨ رقم ١٧٣ لسنة ١٩٥٧ . غير منشور) .

(٢) انظر المادتين ١٣٥ و ١٤١ من مجموعة ١٩٥٥ و ١٤٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وانظر المادة ٤٤٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريك . بالاسكندرية للروم الأرثوذكس . وكذلك المادة ١١٥ صرياني ، والمادة ٢٧ لوهن - وكذلك المادة ١٠٠ . وانظر كذلك المادة ٢٠ أقباط كاثوليك .

(٣) فطالما بقيت الزوجية على التزام الزوج بها . فإذا أقر بعدم الاتفاق عن مدة سابقة على ، الفصل يحكم عليه بالنفقة (مجلس ملى فرعى الاسكندرية في ٣ - ١٢ - ١٩٥٥ قضية ٢٣٨ سنة ١٩٥٥ في المرجع لصالح حتى السابق ج ١ ص ١٨٩) ويحكم بالنفقة حتى ولو طعن في العقد بإعلان طالما أنه لم يقض به بعد (جزئى اسكندرية في ٣٠ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٦ غير منشور) كما يمكن أن يقضى للزوجة كذلك بنفقة وقتية إلى حين الفصل في دعوى الطلاق . كما أن دفع النفقة لا يخلق على دفع البائنة - كما أشرنا إلى ذلك من قبل . (هامش ٤ ص ٦٨٦) . ولا بد لانقضاء الالتزام بها من فسخ الرابطة الزوجية ، فلا يكفي إشاعه الطعن في سلوك الزوجة حتى يقطع الزوج نفقتها (جزئى اسكندرية ١١ مايو ١٩٥٦ رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ . غير منشور) وإذا ما قضى بالنفقة على أساس قيام الزوجية ، فانه يصبح القضاء بهدئ بالكف عن المطالبة بهامى انحلت عقدها بالطلاق . . . (نقض في ٣٥ فبراير ١٩٥٦ طعن رقم ٤ س ٢٥ ق ، مجموعة أحكام النقض (المكتب النقض) س ٧ العدد الأول ص ٣٠) .

سبب وجوبها وهو الاحتباس المفضى إلى المقصود بالزواج^(١) . وعلى هذا إذا تركت الزوجة منزل الزوجية دون مسوغ شرعى ، فإنها تفوت على الزوج حقه فى احتباسها ، وبالتالي تسقط نفقتها . وكذلك يكون الحكم إذا ما امتنعت عن الذهاب إلى زوجها ومساكنته ، أو إذا امتنعت عن اللحاق به فى الجهة التى قل إليها محل إقامته ، ولم يكن لامتناعها سبب معقول . وتقدير وجود سبب معقول لترك منزل الزوجية ، أو الامتناع عن مساكنة الزوج أو اللحاق به ، من الأمور التى تترك للقضاء فى كل حالة على حدى . لكن إذا تركت الزوجة منزل الزوجية أو امتنعت عن معاشرته زوجها أو اللحاق به ، وكان لذلك مسوغ ، فلا تعد ناشزا ولا تسقط عنها النفقة ، كما إذا لم يكن المسكن شرعياً ، أو إذا طردها الزوج .. على نحو ما بينا فى البند السابق .

ويشور الكلام فى هذا الصدد عن مدى استحقاق الزوجة للنفقة الزوجية إذا كانت تعمل خارج المنزل ، كما إذا اشتغلت بالتدريس أو الطب أو أية وظيفة أو مهنة أخرى . وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم إلى القول بأن نفقة الزوجة لا تسقط متى اشتغلت ، لأن التحاقها بالعمل للمساعدة على المعيشة لا يعتبر عملاً غير سائغ شرعاً^(٢) . ولكن الواقع أنه ينبغى فى هذا الصدد أن يفرق بين حالة مواهنة الزوج على اشتغال المرأة أو عدم مواهنته . فإذا رضى الزوج بأن تعمل زوجته ، ولم يعترض على ذلك ولم يمنعها فلا تسقط نفقتها ، لأنه قد رضى باحتباسها احتباساً ناقصاً . أما إذا اشتغلت دون مواهنة زوجها ورغم اعتراضه ، فإنها بذلك تصير ناشزة وتسقط نفقتها

(١) انظر أحكام الشريعة الإسلامية فى تفصيل هذا الموضوع : عمر عيدة ، السابق ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٦ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ٢٠٨٦ لسنة ١٩٥٦ ،
خفاجى وراجح ص ٤٠ رقم ١١ .

عليه . أى أن من حق الزوج أن يمنع زوجته من الاشتغال حتى يتحقق احتباسها^(١) .
فاذا ما خالفت عدت ناشراً وتسقط نفقتها^(٢) .

كيف تؤدى النفقة : إذا كانت الزوجة تعيش مع زوجها ، فالأصل أن يقوم هو بما يلزم لها من طعام وكسوة وغير ذلك من النفقات ، إلى جانب سكنها معه . ومتى ثبت أن الزوج يقوم بذلك ، فليس للزوجة أى وجه في المطالبة بنفقة ، طالما كان الزوج يباشر الاتفاق بنفسه عليها .

على أن ذلك قد لا يروق الزوجة فتطالب بنفقة لكي تتولى هي بنفسها الاتفاق ، حتى ولو ظلت في منزل الزوجية ، وذلك إذا كانت تشكو مطل الزوج في الاتفاق عليها . وفي هذه الحالة تقدر النفقة للزوجة وتمطى لها لتنفق منها على نفسها^(٣) .

ومن جهة أخرى ، فقد لا يتوافر احتباس الزوجة بسبب لا دخل لإرادتها فيه ، وإنما بسبب صادر عن الزوج ، كما إذا كان هو نفسه غريب راجب في معاشرتها دون مسوغ شرعى ، أو إذا تركت منزل الزوجية بمسوغ شرعى ، بحيث لا تعتبر ناشراً كما ينشأ في الفقرة السابقة . في هذه الحالة كذلك يقضى للزوجة بالنفقة . ويقدر القضاء النفقة اللازمة لها من طعام وكسوة وسكنى .

أساس تقدير النفقة : ويجب أن يراعى عند تقدير النفقة حاجة من يطلبها

(١) وهذا ما تقتضى به الشريعة الإسلامية . انظر عمر عبد الله ، السابق ص ٢٥٦ .
وإن كان ينبغي أن يراعى في هذا الصدد عدم تصف الزوج في استئصال حقه ومنع الزوجة من العمل ، وقد يكون في ذلك خير الأسرة والمساعدة على تحمل أعباء الحياة الزوجية .

(٢) انظر المادة ١٤٣ و ١٤٨ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٢٨ للاقتباط الأثريودكس .

ويسار من يجب عليه الأداء ، أى أن الزوج يجب عليه أن ينفق على قدر طاقته ^(١) . وإذا كان هذا هو الأساس الذى يتخذ فى تقدير النفقة ، وهو يدخل فى الاعتبار ظروف كل من الطرفين من حيث مدى حاجة طالب النفقة ، ومدى مقدرة من عليه الاتفاق ، فإنه يخالف ما جاءت به المادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تطبق أحكامها بالنسبة للمسلمين ، وتقضى بأن « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حال الزوجة » . فالذى يدخل فى الاعتبار طبقاً لهذا النص هو حال الزوج فقط ، مهما كان حال الزوجة من النفى أو الفقر ^(٢) .

وتقدير النفقة مؤقت . بمعنى أنه قابل للزيادة أو النقصان ، بحسب الأحوال . فإذا صار المزم بالنفقة فى حالة لا يستطيع معها أداؤها ، أو صار من يتقاضى النفقة فى غير حاجة إليها كلها أو بعضها ، نظراً لیسار طارئ ، مثلاً ، فى هذه الحالة يجوز

(١) المادتان ٤٥ و ٤٧ والمادة ١٢٧ و ١٤٢ من مجموع ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقطاء والمادة ١١٥ من مجموعة الميراث وهى تقضى بأن يلتزم الرجل بالنفقة « وذلك حسب الحال » ، والمادة ١٠٠ من مجموعة الأوقاف . وتنص المادة ٤٤٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركي بالاسكندرية للروم الأرثوذكس على أن « النفقة هى ملزومية بعض الأشخاص فى بعض الأحوال بدفع إعانة معيشة مؤقتة ، وحسب آخرين بأن يطلبوا منهم لذلك مبلغاً من المال » . يتناسب مع مركزهم المالى وحالتهم الاجتماعية لينتفوا من سكتهم وكسائهم وغداهم وعلمهم وزيارتهم » . ويجعل القانون اليونانى أعباء الحياة الزوجية على الزوج ، وإذا لم يستطع كان على الزوجة المساهمة بما يتناسب مع ثروتها (انظر المادتين ١٢٩٨ و ١٢٩٩ من القانون المدنى اليونانى) .

(٢) وهذا هو ما يليق بالنظر إليه ؛ فببني أن تقدر النفقة على الزوج بما يتفق وحالته « بصرف النظر عن مركزها وظروفها الاجتماعية . ولا يصح أن ندخل فى الاختيار حال الزوجة وحدها فنقدر لها نفقة اليسار إن كانت موسرة أو نفقة الإصغار إن كانت « ممصرة » ، أى لا تقدر لها نفقة أمثالها من الزوجات بالنظر إلى مركزها هى ، بل تقدر لها نفقة أمثالها بالنظر إلى مركز الزوج « أى نفقة من تزوجن بمثل زوجها وفى مثل مركزه وحالته الاجتماعية » .

حظا إسقاط النفقة أو إقاصها . وعلى العكس من ذلك يجوز أن تزداد النفقة إذا ما زاد يسار المزم بأدائها ، أو إذا زادت حاجة من يقاضاها . ^(١) فتقدير النفقة يختلف صموذا وهبوطا ، حسب الظروف ، كما أنه يجب أن يختلف كذلك حسب ارتفاع تكاليف المعيشة أو انخفاضها . وهذه أمور تترك لتقدير القضاء ، فهو الذى يقدر مبلغ النفقة على ضوء ظروف الطرفين وعلى ضوء الظروف المحيطة من حيث تكاليف المعيشة ^(٢) . أما إذا لم يطرأ على مركز الطرفين القانونى أو المادى ما يوجب تعديل حكم النفقة ، فانه لا يجوز التعديل . ذلك أن هذا الحكم متى أصبح نهائيا فانه يضع الطرفين فى وضع مادى نهائى . أى أنه يجوز حجية الشيء المحكوم فيه ؛ وهو يجوز هذه الحجة طالما أن الظروف التى صدر فيها لم تتغير . فإذا ظلت الظروف دون تغيير ، امتنع تجديد النزاع ثانية أمام القضاء ، متى كان هناك اتحاد فى الخصوم والموضوع والسبب . أما إذا حدث من الظروف ما يدل على اعسار المزم بالنفقة أو يساره ، فان هذا يبيح إعادة النظر فى تقدير النفقة ^(٣) .

(١) انظر المادة ١٢٨ و ١٤٣ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط . وكذلك المادة ١٠٦ أرمين وقد أقر القضاء ذلك ، إذ يجب أن تشارك الزوجة زوجها فى السراء والضراء . فإذا جند الزوج وليس له إيراد غير مرتبه كجندى ، فانه ينبى أن يراعى الوضع الجديد الذى صار إليه الزوج وتقدر النفقة على أساسه ، ومن ثم تخفض النفقة المحكوم بها عليه (جيزى الاسكندرية فى ١٩٥٧/٢/٢٥ رقم ١٧٩ لسنة ١٩٥٦ . وفى ١٧ - ٣ - ١٩٥٨ رقم ١٧٣ لسنة ١٩٥٧ . وانظر كذلك المحكمة نفسها فى ١٧ - ١٠ - ١٩٥٦ رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ وفى ١٧ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٦ وهى أحكام غير منشورة) (٢) وأنظر محكمة الميزة الابتدائية (استئناف) فى ١ - ٤ - ١٩٥٨ رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٨ استئناف الميزة - غير منشور .

(٣) محكمة استئناف القاهرة فى ١٦ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٢١ س ٧٣ ق (خلاصى دراج ، السابق ص ٣٩ رقم ٧) . ومحكمة الاسكندرية الجزئية فى ٣٠ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٧ غير منشور .

وهذا ما استقرت عليه أحكام النقص^(١).

امتناع الزوج عن أداء النفقة : إذا كان الزوج ملزماً بالاتفاق على زوجته فأنه قد يتمتع عن أدائها إليها . إلا أن امتناعه قد يكون مبرراً ، نظراً لنشوز الزوجة ، كما لو امتنع عن تنفيذ التزامها بالمساكنة وهجرت منزل الزوجية بدون مبرر . وفي هذه الحالة تسقط نفقة الزوجة ويكون امتناع الزوج عن أداء النفقة إليها له ما يبرره^(٢).

أما امتناع الزوج عن أداء النفقة والذي نعينه في هذا المجال ، فهو امتناع في حالة ما إذا كان التزامه بالنفقة لم يسقط ، كما في حالة استمرار الحياة الزوجية ، أو كما في حالة ما إذا لم تكن الزوجة قد أوفت التزامها بالمساكنة لسبب صادر من الزوج نفسه ، في هذه الحالة يكون الزوج ملزماً بالنفقة ولكنه يتمتع عن أدائها^(٣).

لا جدال في أنه إذا ما حكم للزوجة بالنفقة على زوجها ، ولكنه امتنع عن

(١) انظر في كون حكم النفقة مؤقت : نقض في ٢٥ فبراير ١٩٥٦ طلب رقم ٦ س ٢٥ ق (بمجموعة المكتب الفني س ٧ عدد ١٠ ص ٣٠) . وانظر كذلك : نقض في ٢٧ - ١٠ - ١٩٦٠ طعن رقم ٢١ س ٢٨ ق أحوال شخصية (بمجموعة المكتب الفني س ١١ عدد ٣ ص ٥٤٠) . وكذلك نقض في ٣٠ يناير ١٩٦٣ طعن رقم ٥٣٢ س ٢٦ ق (بمجموعة المكتب الفني س ١٤ عدد ١ رقم ٢٤ ص ١٨٩) . وقد جاء بهذا الحكم الأخير أن « الحكم الصادر بالنفقة يجوز حليه مؤقتة ، فيرد عليه التغير والتبدل » كما يرد عليه الاسقاط بسبب تغير دواعيها « هذا ويراعى أن الحكم بزيادة النفقة يعتبر حكماً مفسثاً ، ولذلك فإنه يقضى بزيادة النفقة من تاريخ الحكم بها (جزي الاسكندرية في ١٩ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٦ . غير منشور) .

(٢) انظر الأحكام التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة ص ٧٠٠ هامش ٢ .

(٣) في هذه الحالة لا تكون الزوجة ناعزاً وإنما الخطأ يكون في جانب الزوج ، ولهذا يلتزم بالنفقة . انظر الأحكام المديدة التي أشرنا إليها في هذا الصدد بالفقرة السابقة هوامش ١ و ٢ من ص ٧٠١ وهوامش ١ و ٢ من ص ٧٠٢ .

التنفيذ بعد أن أصبحت مستحقة ؛ فانه يكون للزوجة أن تلجأ إلى تنفيذ الحكم بالطرق القانونية التي تتبع لاستيفاء الحقوق من أموال المدين طبقا للقواعد الخاصة بالتنفيذ على أموال المدين^(١) . وهذه الوسيلة من وسائل التنفيذ يمكن أن تلجأ إليها كل من صدر لها حكم بنفقة زوجية ، أيا كانت ديانتها^(٢) .

(١) هذا ويراعى أن دين النفقة يعتبر ديناً ممتازاً ، إذ ينص القانون على أن « النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة » يكون لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتشمل النفقة في هذه الحالة أيضاً نفقة الزوجة (المادة ١١٤١ مدني ، وانظر المذكرة الإيضاحية في شأنها) .
كما يراعى كذلك أن المشرع قد خص النفقة ببعض الأحكام وذلك تيسيراً لمن يقضى له بها في الحصول عليها .

من ذلك ما نص عليه بالنسبة « لنفقات والمصاريف المحكوم بها » انظر المادة ٤٨٦ مرافعات وكذلك ما نص عليه بالنسبة للأجور والمرتبات من أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع » . وعند التزام شخص بنفقة لوفاء ديون النفقة والنصف الآخر لما عداها من الديون « (٤٨٨ مرافعات) ، وما نص عليه كذلك بالنسبة لاهيات موظفي الحكومة ومماشاتهم ، من أنه لا يجوز توقيع الحجز عليها إلا فيئة لا يتجاوز الربع ، وذلك وفاء لنفقة محكوم بها من جهة الاختصاص أو لأداء ما يكون مطلوباً للهيئة التي يعمل فيها الموظف أو المستخدم بسبب يتلقى بأداء وظيفته . وعند التزام تكون الأولوية لدين النفقة . وما نص عليه القانون كذلك بالنسبة للمال الذين يسرى عليهم قانون العمل (انظر المادة ٥٢ من قانون العمل الموحد) . وانظر في تفصيل ما سبق . الدكتور أحمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة ٢ ، سنة ١٩٥٨ فقرة ١٢٤ وما بعدها ص ٣٥٩ وما بعدها .

ويراعى في صدد التنفيذ بالنفقة أنه إذا حكم للزوجة والاولاد بالنفقة على الزوج ، ثم حكم عليه كذلك بنفقة لأقاربه كأبيه أو أمه ، فإن الأولوية تكون لنفقة الزوجة والاولاد ، ما لم يكن هناك تواطؤ فتكون الأولوية للأقارب على نفقة الزوجة (انظر محكمة الاسكندرية الجزئية في ٢٢ - ١٠ - ١٩٥٦ رقم ٨٩ ص ٥٦ ، وفي ١٨ - ١١ - ١٩٥٧ رقم ٩٢ ص ١٩٥٧ . وهما غير منشورين) .

(٢) لأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي جعلت للزوجة سلوك سبل آخر في التنفيذ عن طريق طلب حبس الزوج ، قررت أن الالتجاء إلى هذه الوسيلة - وهي الحبس - لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

وتتور المشكلة هنا في حالة التجاء الزوجة إلى طلب حبس الزوج المتع عن أداء النفقة . ولا جدال في أن للزوجة المسلمة التي صدر لها حكم بها أن تلجأ إلى المحكمة التي أصدرت حكم النفقة أو التي بدأرتها محل التنفيذ وتطلب حبس الزوج . فإذا ثبت للمحكمة أن الزوج قادر على القيام بما حكم به ، أمرته بالاداء . فان لم يمثل قضت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما . ولا يخفى سبيل الزوج إلا إذا أدى ما حكم به عليه ، أو إذا أحضر كفيل . هذا بالنسبة للزوجة المسلمة . وذلك استنادا إلى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتي لا زالت مطبقة حتى الآن أمام المحاكم المادية . لكن هل يمكن تطبيق حكم هذه المادة على غير المسلمين ؟

يتجه فريق من الفقه ^(١) ، كما تتجه أحكام المحاكم ^(٢) إلى تطبيق حكم هذه المادة حتى بالنسبة لغير المسلمين . وذلك استنادا إلى أن المسألة الواردة في المادة ٣٤٧ تعتبر من مسائل الإجراءات التي ينبغي أن تطبق بالنسبة للمسلمين ولغير المسلمين على السواء ^(٣) .

(١) أنظر في هذا : تادوس ميغاثيل ، شرح الأحوال الشخصية للمصريين لغير مسلمين السابق ص ٨٩ وما بعدها ، فقرة ١٣٢ وما بعدها . أحمد سلامة : مذكراته السابقة ، ص ٧٩ - ٨٠ . وكتابه السابق ط ٢ رقم ٣١٧ . جيل الشرقاوى ، السابق (ط ٥٩٠ / ١٩٦٠) رقم ٧١ خاصة ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة في ١٧ - ٤ - ١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق ٤ خفاجي ورايح ص ٤٠ رقم ١٤ . وأنظر كذلك محكمة الاسكندرية الجزئية في ٣٠ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ٩٠ - ٩ - ١٩٥٦ رقم ١٠٩ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ١٥ - ٩ - ٥٦ رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ٢٥ - ٣ - ١٩٥٧ رقم ٢ لسنة ١٩٥٧ ، وفي ٣٠ - ٥ - ١٩٥٧ رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ ، وفي ٢١ - ١٠ - ١٩٥٧ رقم ١ لسنة ٥٧ ، وفي ٢٨ - ١٠ - ١٩٥٧ رقم ٣ حبس . وكلها أحكام غير منشورة . - محكمة الأقصر الجزئية في ١٤ - ٤ - ٥٦ رقم ٤٩ س ١٩٥٦ مذكور في خفاجي ورايح ص ٢٧٩ - ٢٨١ .

(٣) فقد نصت المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن « تتبع أحكام قانون =

وبصرف النظر عن كون هذه المسألة من مسائل الاجراءات التي تطبق في شأنها أحكام قانون المرافعات وما يكملها من الأحكام الواردة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أو كونها من المسائل الموضوعية التي تطبق على المسلمين فقط ، إعمالاً لنص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ^(١) ، فإنه يمكن أن يقال تأييداً لهذا الاتجاه ، الذي يرى تطبيق حكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم على غير المسلمين ، أن الشريعة الإسلامية لم تنفرد وحدها بذلك دون الشرائع الملية . بل إن من القواعد الخاصة بطوائف غير المسلمين ما يميز الاتجاه إلى الإكراه البدني للوفاء بدين النفقة ^(٢) . ومن ناحية أخرى ، إن تطبيق حكم المادة ٣٤٧ سالف الذكر على غير المسلمين يتفق مع اتجاه مرغوب فيه هو توحيد القواعد بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، وبصفة خاصة في

= المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف والتي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية هذا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكمل لها . ولما كانت المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ سالف الذكر لم تلغ المادة ٣٤٧ ضمن المواد التي أُلغيت فإن حكمها يطبق بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين ، باعتبار أنها مسألة من مسائل الاجراءات التي تتبع في قضايا الأحوال الشخصية والتي أقيمت النصوص الخاصة بها بقصد تيسير الاجراءات في هذا النوع من القضايا ، حيث وجد أن من الخير الإبقاء عليها ، كما جاء في المذكرة الاصلاحية لقانون ٤٦٢ .

(١) أنظر في هذا مذكراتنا سالفة الذكر لطلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، ١٩٥٧ ص ١٢١ . وأنظر كذلك محمد نمر وآلني بقطر : الأحوال الشخصية لطوائف غير الإسلامية من المصريين ، السابق ، ص ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(٢) تنس المادة ١٠٢ من مجموعة الأوامر على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه بالنفقة عن أدائها يلجأ إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو المحكمة الكائن بها أثرها على التنفيذ فإذا ثبت أنه قادر على الأداء قضت المحكمة بحجبه لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً . ويجب على المحكمة إعفاءه من العقاب إذا أدى ما عليه أو قدم كتيلاً موسراً . وكل هذا لا يحس الحق في تنفيذ حكم النفقة بالطرق العادية » . وتنس المادة ١١٩ من مجموعة السريان على أن « الزوج الذي يتنازع من امرأته بنفسه أو تباعداً ، يحكم عليه رئيس الكهنة بنفقة لزوجته أو يسله إلى المحكمة النظامية فتطرحه في السجن حتى يطعم ... »

مسألة من المسائل التي لا تمس العقيدة الدينية في شيء . هذا بالإضافة إلى أن العقوبة المنصوص عليها في المادة ٣٤٧ أخف من العقوبة التي تنص عليها المادة ٢٩٣ عقوبات ، والتي يمكن تطبيقها في هذا الصدد إذا لم تطبق المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية ، لأن نص قانون العقوبات نص عام يسرى على جميع المواطنين ^(١) .

هذا ويراعى أنه ينبغي لتطبيق المادة ٣٤٧ أن يصير الحكم الصادر بالنفقة نهائياً ^(٢) .

(١) وتمس المادة ٢٩٣ عقوبات على أن : « كل من صدر عليه حكم قضائي واجب التنازل بدفع نفقة لزوج أو أقاربه أو أسياره ، أو أجرة حضنة أو رضاعة أو مسكن ، وامتنع من الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري ، أو بأحدى هاتين العقوبتين . ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن . وإذا رقت بعد الحكم عليه دعوى ثانية من هذه الجريمة ، فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجبى في ذمته أو قدم كفيلًا يقبله صاحب الشأن ، فلا تنفذ العقوبة » . وهذه الجريمة التي تنص عليها المادة ٢٩٣ تسمى « جريمة هجر العائلة » . وهي جريمة يعلق فيها رفع الدعوى الصورية على شكوى من صاحب الشأن ، كما أنه يجوز للشاكن أن يتنازل عن شكواه قبل صدور الحكم النهائي ، فتنتفي بذلك الدعوى الصورية . ولتوفيق بين المادة ٣٤٧ والمادة ٢٩٣ صدر المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ ، وقرر في المادة الأولى منه أنه لا يجوز السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٩٣ قبل استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٣٤٧ في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة الأخيرة . وتمس المادة الثانية على أنه إذا نفذ على الشخص وفقاً للمادة ٣٤٧ ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بالحبس تطبيقاً للمادة ٢٩٣ استنزلت مدة الاكراه البدني من مدة الحبس التي يحكم بها طبقاً للمادة ٢٩٣ أو من مبلغ الغرامة المحكوم بها طبقاً لهذا النص الأخير باستنزال عشرة قروش عن كل يوم من أيام الاكراه البدني الذي سبق تنفيذ طبقاً لأحكام المادة ٣٤٧ .

(٢) فإذا كان الحكم المطلوب التنفيذ مقتضاه قابلاً للاستئناف ، فلا يجوز التنفيذ بالحبس حتى يصبح الحكم نهائياً لأن الحبس يضر بمن يقع عليه ضرراً غير قابل للتدوين ، فلا يجوز توقيفه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال .

وفي جميع الحالات يلزم أن يكون المحكوم عليه بالنفقة قادراً على الدفع .
فاذا لم يكن كذلك لا يحكم عليه ^(١) .

ويراعى أخيراً أن تنفيذ العقوبة يوقف ويمخى سبيل المحكوم عليه إذا قام
بأداء المحكوم عليه به ، أو إذا أحضر كفيلًا يقبله صاحب الشأن .

تقديم دين النفقة وانقضاءها : لا جدال في أن النفقة تظل مستحقة طالما
بقيت الحياة الزوجية ، إلا إذا وجد سبب من الأسباب التي تؤدي إلى إسقاطها
على النحو الذي يبينه من قبل ، كما إذا نشزت الزوجة مثلاً ، وهي تظل مستحقة
للزوجة على زوجها ، ولو لم تكن محتسبة من أجله إذا كان سبب عدم الاحتباس
من جانبه ، مهما طالت المدة ^(٢) . وهذه مسألة لاثير أي خلاف نظراً لأن
النفقة أثر مرتب على الزواج ، ويظل هذا الأثر طالما بقيت الزوجية قائمة ، حتى
ولو لم تحصل معاشرة ، على ما بينا .

(١) انظر محكمة الاسكندرية الجزئية في ١٩٥٦-٩-٢٤ رقم ١٢٨ لسنة ١٩٥٦ ،
وفي ١٩٥٦-١٢-١٥ رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ١٩٥٧-٢-١١ رقم ٥ لسنة ١٩٥٦
وحكم آخر في التاريخ نفسه (رقم ١ لسنة ١٩٥٧) ، وقد قضت المحكمة في هذا الحكم
الأخير بوقف الدعوى حتى ينصل نهائياً في النفقة . وجميع الأحكام السابقة غير منشورة) .
وهذا ما يتضح كذلك من نص المادة ٢٩٣ عقوبات إذ تنص على أن يكون الحكم القضائي
واجب النفاذ .

(٢) إذ من ثبوت المحكمة عسر الدين ، فلا عمل لأمره بأداء النفقة ، وبالتالي لا يسوغ
حبسه . (جزئى الاسكندرية في ١٨ - ١١ - ١٩٥٧ رقم ٢ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) .

(٣) وفي حكم لمحكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية (٢٠ - ١٠ - ١٩٥٨
رقم ٥ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) ، قضى للزوجة بالنفقة من المجلس المالى للأبطال
الأرثوذكس في القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٢ ، وظلت الزوجة تقبض نفقتها حتى شهر مارس
١٩٥٧ حيث تم الصلح بين الزوجين . ولما لم يف بالتزاماته في عقد الصلح عادت محكمة
الأحوال الشخصية إلى القضاء للزوجة .

ولكن الذى يعرض فى هذا الصدد هو البحث عن المدة التى يجوز فيها المطالبة بالنفقة . إن النفقة تعتبر ديناً فى ذمة الزوج من الوقت الذى يتمتع فيه عن أدائها ومع وجوبها عليه . هذا الدين لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ^(١) . وإذا كانت النفقة تعتبر ديناً من وقت وجوبها على هذا النحو ، فإنه يصح إبراء المدين بها مما استحق منها فضلاً . أما ما لم يستحق ، فلا يصح الإبراء منه ^(٢) ، وإذا ما نشزت الزوجة ، فإنها لا تستحق النفقة من وقت النشوز ، ولكنها تستحقها عن المدة السابقة ، لأنها دين فى ذمة الزوج عن المدة السابقة على النشوز . لكن هل يمكن المطالبة بدين النفقة عن أية مدة ؟

الأصل العام ، كما قدمنا ، هو أن دين النفقة يستحق من وقت وجوبه ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ومعنى ذلك أنه يمكن المطالبة بالنفقة عن أية مدة سابقة . ولكن المشرع حرصاً منه على عدم إرهاق الأزواج المزمين بها نص فى المادة ٩٩قرة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، على أنه « لانسع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » . هذا الحكم مطبق بالنسبة للمسلمين ومن تسرى عليهم أحكام الشريعة الإسلامية ، بصفة عامة . فهل يمكن تطبيقه بالنسبة لغير المسلمين . إن القاعدة الواردة فى النص السابق قاعدة موضوعية ، ولهذا فإن حكمها لا يمتد إلى غير المسلمين ، تطبيقاً للمادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وإذا كان هذا النص لا يسرى بالنسبة لغير المسلمين المتحدى الطائفة والملة . فإذا يكون الحكم بالنسبة لهم ؟

(١) انظر المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . وانظر أيضاً : محمد يوسف موسى أحكام الأحوال الشخصية ، السابق ص ٢٣٠ ، ٢٣٥ . عمر عبد الله : السابق ص ٢٧٠ وما بعدها . محمد أبو زهرة . السابق ص ١٤٥ وما بعدها .
(٢) انظر فى هذا محمد يوسف موسى ، السابق ، ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

لم يرد في القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة حل لهذه المسألة ولهذا يمكن القول بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بالنسبة لسقوط دين النفقة بالتقادم من تاريخ استحقاقه مع وجوبه ، وخاصة إذا علمنا أن النفقة تترتب على عقد الزواج الصحيح ، كما أشرنا إلى ذلك من قبل . وأنها بذلك تعتبر ديناً في ذمة الملتزم بها ، لا يسقط عنه إلا بالطرق العادية التي تنقضي بها الالتزامات بصفة عامة ^(١) . وذلك باعتباره من الديون الدورية المتجددة التي تقادم بخمس سنوات طبقاً للمادة ٣٧٥ مدني .

وإذا كان هذا هو الحل الواجب الاتباع في شأن نفقة غير المسلمين ، فإنه ينبغي أن يراعى ما في تطبيقه عليهم من إرهاب للأزواج . ولا يمكن إعمال حكم المادة ٦/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، سالف الذكر ، إلا بنص تشريعي . بل إن هذه المدة التي جاءت بها المادة ٩٩ تعتبر طويلة كما يرى البعض بحق ، وقد ترهق كثيراً من الأزواج . وهم لذلك يرون أنه ينبغي النص على عدم سماع دعوى النفقة عن مدة تزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى ^(٢) . هذا وقد نصت القواعد الخاصة ببعض الطوائف على حالات ينقضي فيها دين النفقة ، وهي حالات يمكن تطبيقها في هذا الصدد . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٠ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الأرثوذكس من أن « حق النفقة شخصي ، فلا يجوز لورثة من تهررت له النفقة المطالبة بالتمتع منها » .

(١) مذكرات أساتذة الذكر لطلبة كلية الحقوق ، ص ١٢٢ . انظر كذلك : جميل الشرفاوي (ط ١٩٦٠/٥٩) السابق ص ٢٩٧ . ثم انظر أحمد سلامة : المذكرات السابقة ، ص ٧٩ ومؤلفه السابق الإشارة إليه ط ٢ رقم ٣١٧ ص ٦٩٨ حيث يرى أن نص المادة ٦/٩٩ يسرى على غير المسلمين كذلك باعتبار أن الفرية الإسلامية هي الفرية العامة في مسائل الأحوال الشخصية . ولكن الواقع أن دين النفقة بعد أن يستحق يصبح ديناً عادياً ، وتسرى عليه أحكام الديون العادية ، ما لم يوجد نص خاص يحكم التقادم الخاص به كنص المادة ٦/٩٩ والذي يسرى على من تطبق عليهم أحكام الفرية الإسلامية فقط .

(٢) محمد يوسف موسى ، السابق ص ٢٣٥ .

نفقة زوجة الغائب : والغائب ، كما قيل ، هو الشخصى الذى لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته ، سواء كان غائباً عن البلد الذى توجد فيه زوجته ، أم متوارياً فيه ، وسواء كانت غيبته قريبة أم بعيدة . فإذا كان للزوج مال ، وطلبت زوجته أن تفرض لها نفقة ، وأثبتت دعواها ، حكم القاضى لها بنفقة فى مال زوجها ^(١) .

رابعاً : حقوق الزوج على زوجته - الطاعة

١٤٢ - **واجب الطاعة على الزوجة لزوجها :** لكى تسير الأمرة على خير وجه ، لا بد من أن يهد بمقاليد الأمور فيها إلى أحد الزوجين تكون له الرئاسة ، مع مراعاة قيام كل منهما بدوره الذى هيء له . ذلك أن إعطاء كل من الزوجين حقوقاً وتحمله بالتزامات إزاء الآخر لا يعنى المساواة ، إذ أن تنظيم الأسرة يوجب الاعتراف للزوج بمركز قانونى يرجح مركز المرأة .

(٢) أنظر المادة ١٤٥ و ١٥٠ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقطاب الأرثوذكس ، وانظر كذلك المسألة ٢٤ من الخلاصة القانونية بالنسبة لحالة ما إذا غاب أحد الزوجين أو حجر عليه أو حوكم بحكم جنائى . وانظر أيضاً المسألة ٢٥ (السبب التاسع) من الخلاصة . ويقرب ما جاء فى الخلاصة من نص المادة ٥ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٢٠ الذى يقضى بأنه « إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة » ، فإن كان له مال ظاهر تفرق الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه التناضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلاً . فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضي الأجل . فإذا كان بعيد النية لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المثل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه التناضى .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يسر بالنفقة »

وانظر بالنسبة لأحكام نفقة الغائب : محمد يوسف موسى ، السابق ص ٢٣٧ - ٢٣٩
عمر عبد الله ، السابق ص ٢٦٥ - ٢٧٠ محمد أبو زهرة ، السابق ص ٢٤٢ - ٢٤٥ .

والشريعة المسيحية في هذا - شأنها في ذلك شأن الشرائع الأخرى ^(١) - تجعل الرئاسة الدينية للرجل ، وتحت المرأة على الخضوع له وإطاعته . فقد جاء في رسالة للرسول بولس « أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب ، لأن الرجل هو رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضاً هو رأس الكنيسة ، وهو مخلص الجسد . ولكن كما تخضع الكنيسة للمسيح . كذلك النساء لرجالهن في كل شيء » ^(٢) ومن ذلك يتبين لنا أن على المرأة أن تطيع زوجها وتسلم له رئاسة الأسرة . ولعل أهم ما يعرض بصدد بحث حقوق الزوج على زوجته هو وجوب الطاعة على المرأة . ولما كانت الرئاسة للرجل ، وكانت طاعة الزوجة لزوجها من التعاليم التي لا يختلف في أمرها أى مذهب من المذاهب المسيحية ، حيث جاءت بها الآيات المقدسة ، فإن الأحكام التي سنتكلم عنها فيما لى - بشأن طاعة الزوجة لزوجها - تعد واجبة الاتباع بالنسبة للطوائف المسيحية جميعها .

(١) قضى الشريعة الإسلامية جاء القرآن الكريم مبيّناً أن : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم » . كما بين كذلك أن « لهن مثل الذى عليهن بالمعروف » ، ولرجال عليهن درجة » .

(٢) رسالته إلى أهل أفسس ، الاصحاح الخامس ، عدد ٢٢ - ٢٤ . وجاء في رسالته إلى تيطس (الاصحاح الثانى عدد ٤ و ٥) أن على المجائز أن « يصنعن المحدثات أن يكن عجات لرجالهن ، ويحببن أولادهن ، متقلات عفيفات ملازمات يوتنهن صالحات خاضعات لرجالهن لئلا يهيف على كلمة الله » . وانظر أيضاً رسالته إلى أهل كورنثوس الاصحاح الثالث عدد ١٨ ، ورسالته الأولى إلى أهل كورنثوس ، الاصحاح ١١ عدد ٣ . وانظر كذلك رسالة بطرس الأولى ، الاصحاح الثالث العدد ١ و ٥ و ٦ . . وقد جاء في هذا الصدد : « أيها النساء كن خاضعات لرجالكن ... كما كانت سارة تطيع ابراهيم داعية إياه سيدها » .

وانظر أيضاً ما جاء في هذا الصدد بالباب الثانى من الدسقولية (تاليم الرسل) تحت عنوان « لأنجل أنه يجب للنساء أن يخضعن لأزواجهن ويسرن بحكمه » (ص ٢٠ من الطبعة الثانية سنة ١٩٤٠) .

وطاعة المرأة لزوجها واجبة إذا ما قام بإيفاء حقوقها كاملة وأعد لها
المسكن المناسب على الوجه الذى سبق لنا بيانه . ذلك أن عقد الزواج يرتب
حقوقا والتزامات متبادلة بين الزوجين . فإذا قام أحدهما بالوفاء بما عليه من
التزامات ، كان على الطرف الآخر أن يوفى بالتزاماته أيضاً . وإذا كانت
العلاقة بين الزوجين تقوم على المحبة والوفاء ، فلا يضير هذه العلاقة أن تكون
الرئاسة لأكثرهما احتمالاً وصبراً وبعد نظر وتعقل ، وهو الزوج ، مما جعل
الشريعة المسيحية تأمر النساء بالخضوع لرجالهن « كما يخضعن للرب » . وجعل
الرئاسة للرجل يستلزم أن يكون له على زوجته الطاعة ، وليس فى هذا انتهاكاً
لكرامتها أو خطاً من قيمتها . إذ ليس معنى الطاعة أن تنقاد المرأة لكل رغبات
الرجل المشروعة وغير المشروعة ، وإنما إذا قيل بطاعة الزوجة لزوجها ، فإن
ذلك لا يكون إلا فى الحدود المشروعة . فإن أمرها بخير المشروع فلا طاعة
له عليها ، ولا تعتبر بذلك ناشزاً . وقد وضعت المادة ٤٤ من مجموعة الأقباط
الأرثوذكس الحدود التى يجب على الزوجة أن تطيع فيها زوجها فقالت « يجب
على المرأة أن تطيع زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية » . فكل ما يترتب
للزوج على زوجته من حقوق ينشأها عقد الزواج ، يتعين على المرأة أن تطيعه فى
فى حدودها . وعلى هذا يجب عليها أن تسكن معه ، وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه
فى أى محل لاثق يختاره لإقامته . كما يكون عليها أن تحافظ على ماله وتنفق بشئون
بيته وأولاده ^(١) . وليس للمرأة أن تنادر بيته بخير إذنه إلا للضرورة ، أو

(١) المادة ٤٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس ١٩٥٥ . وانظر كذلك المادة ١٤٣

من القواعد الخاصة بالكنائس الكاثوليكية لنيلىب حلال .

زيارة والسيها مثلا ، كما أنه ليس لها أن تخالط أحداً بغير إذنه كذلك ^(١) .

وإذا كانت المرأة لا تجبر على الطاعة خارج ما يترتب على الزواج من حقوق ، إلا أن المودة والتعاون المشترك ، وغير ذلك من الأمور اللازمة لاسعاد الحياة الزوجية ، توجب عليها دائماً أن تطيع زوجها وأن تنظر إلى آرائه وتوجيهاته نظرة احترام وتقدير ^(٢) .

ولما كانت طاعة الزوجة لزوجها واجبة على هذا النحو . فهل يمكن إجبارها على الطاعة وإعادتها إلى منزل الزوجة ، إذا لم تمثل من تلقاء نفسها ؟ وبمعنى آخر هل يمكن الحكم بالطاعة على الزوجة ، وتنفيذ هذا الحكم جبراً ؟

(١) ويرتبط بحق الزوج على زوجته في الطاعة ، حتى في تأديبها . ولا يقصد بذلك أن يكون من حق الزوج ضرب زوجته بحجة تأديبها ، ولكن المقصود من تخويله هذا الحق إن يستعمله بالطريقة التي تؤدي إلى إصلاحها دون أن يلجأ إلى ذلك إلى وسائل التسوية ، ولعل خير ما جاء في هذا الصدد هو ما نصت عليه المادة ١٤٥ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والتي جعلها فيليب جلاذ حيث قيل : « لما كانت المرأة شريكة الزوج وقرينته لا خادمته ولا أمته ، فليس أن لا يؤدبها متى أذنبت إلا وإن رأى ذلك مفيداً لإصلاحها ولدفع الشر . غير أن هذا التأديب يجب أن يكون صادراً عن محبته ورغبته في البر ، وعن وفور عناية باقتان سياسة أهل البيت » وأن يكون التأديب أخف كثيراً مما يقتضيه الذنب من الجزاء .

ويبدو أن حق التأديب البدني كان مرتبطاً في فرنسا بالتزام الزوجة بالطاعة ، إذ لم يعد [لزوج هذا الحق بعد تعديل المادة ٢١٣ مدي فرنسي وإلغاء واجب الطاعة (أنظر جيل الشراوى : الزواج في القانون الفرنسي ، السابق ص ٢٣٠)

(٢) ومن ذلك مثلاً أن الزواج لا ينشئ : لزوج سلطاناً على الزوجة من حيث الشؤون المالية ، فأموالها مستقلة ، ولها كلل حرية التصرف فيها ، على نحو ما بينا من قبل (أنظر سابق رقم ١٣٩) ولكن نظراً لارتباطها مع الرجل بالزواج ومرؤستها له . يلزمه استشارته واستئذانه فيما يخص أموالها والتصرف فيها ، ما لم يكن هناك سبب يسقط عنه الأهلية ، أي يحل غير أهل لاسداء الرأي الرشيد (أنظر المسألين ٢٣ و ٢٢ من الخلاصة القانونية) .

هناك مسألة أولى يجب التسليم بها ، وهي أن الطاعة موجودة في الشريعة المسيحية ، وهذا ما لا ينكره أحد ، حتى من يعارض في تنفيذ الطاعة عن طريق إجبار الزوجة ، وإن كان هناك خلاف حول طبيعتها ، فقد قيل إن الطاعة موجودة ، ولكنها طاعة روحية لا يمكن تنفيذها ، ولا ينسئ للقضاء الاكراه على هذا التنفيذ . ولا شك في أن الشريعة المسيحية قد جاءت بنصوص صريحة تحت المرأة على الطاعة والامثال لزوجها . وقد أشرنا إلى ما جاء في رسالة للرسول بولس من حث النساء على الخضوع لرجالهن كما للرب . وقد حثن على الخضوع للرجال في كل شيء « كما تخضع الكنيسة للمسيح » . هذه النصوص الصريحة ^(١) ، قد أتبت بنصوص أخرى جاءت ضمن القواعد التي أخذت بها الطوائف المسيحية . من ذلك ما جاء به نص المادة ٤٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب الأرثوذكس من أنه « يجب على المرأة إطاعة زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجة » ^(٢) وتنص المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالأقطاب الكاثوليك على أن « الرجل رأس المرأة فعلية حمايتها وعليها طاعته ... » . بل إن المادة

(١) أنظر كذلك ما أشرنا إليه في ص ٧٢٢ هامش ٣ .

(٢) ويقابل نص المادة ٤٤ سالف الذكر المادة ٤٦ من مجموعة ١٩٣٨ والمادة ٢١٣ مدني فرنسي قبل تعديلها إذ كانت تنص على أن على الزوج حماية زوجته ، وعليها طاعته *Le mari doit protection à sa femme , la femme obéissance à son mari .* وهو يقابل أيضاً ما جاءت به مكتب الفقه : أنظر ما قاله ابن السال تحت عنوان « في حجة الرجال لنسائهم وخضوع النساء لأزواجهن » الباب ١١ ص ١١٧ . وأنظر كذلك المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية حيث جاء بها أن « للرجل على زوجته حق الاختلاط الزوجي ... والخضوع التام إليه ... » وقد نصت المادة ٢٦ من مجموعة الأمن الأرثوذكس على أنه « يجب على الزوج أن يحمي زوجته ، ويجب على الزوجة أن تطيع زوجها » . كما نصت المادة ٢١٣ ٢٧ على أنه « يجب على الزوجة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه إلى أي مكان يراه مناسباً لاقامته ... » . كما تنص المادة ٤٦ من مجموعة السريان على أن « الرجل هو رأس المرأة يخضع لها أن تظهر له الخضوع التام ... »

١٩ من هذه القواعد أعطت للزوج الحق في طلب عودتها إلى منزل الزوجة عن طريق القضاء، فنصت على أن « تعتبر الزوجة ناشزا إذا تركت محل الزوجية بغير مسوغ شرعى مما يدخل في حكم المادة ٤٠^(١) . وفي حالة النشوز يحق للزوج أن يطلب قضائياً عودتها إلى منزل الزوجية » . كما أن المادة ١١٧ من الارادة الرسولية تقضى بأنه يجب على الزوجين أن يقيما على الحياة الزوجية ، ما لم يعذرها من ذلك سبب عادل^(٢) .

من هذا يتضح أن الطاعة التزام يقع على عاتق الزوجة ، وأن أساس هذا الالتزام مستمد من الشريعة المسيحية وتعاليمها . وإذا كان للزوج على زوجته حق الطاعة ، فإن عليها أن تقيم معه وتنبهه أينما كان . ذلك أن الالتزام بالطاعة يرتبط أوثق ارتباط بالالتزام الزوجة بالمساكنة والمعيشة مع زوجها . وهذا ما ينبغى إبرازه أولاً .

وإذا ما اتينا إلى أن فكرة الطاعة موجودة في الشريعة المسيحية ، نود إلى التساؤل هل يمكن تنفيذ هذا الالتزام جبراً ، كما هو الشأن بالنسبة للحالات التي تطبق فيها أحكام الشريعة الاسلامية ؟

(١) وقد بينت المسادة ٤٠ ما يعتبر مسوغاً شرعياً إذ نصت على أنه « يجوز لأحد الزوجين أن ينصل عن الآخر بحكم من (المجلس) وذلك في الأحوال الآتية : — إذ اعتنق الطرف الآخر مذهباً غير كاثوليكي ، أو رزى أولاده تربية منافية للعقيدة الكاثوليكية ، أو سلك سلوكاً إجرامياً أو مضيقاً للكرامة والاعتبار ، أو جيل زوجته في حالة خطر جسم جدياً أو نفساً ، أو أساء إليه بحالة يصعب معها استمرار الحياة المشتركة أو ما شابه ذلك من الأسباب التي يقدرها (المجلس) ... »

(٢) وتقضى المادة ١٤٠ من التواعد الخاصة بالكاثوليك لنيليب جلاذ بأن « على الزوجين أن يشتركا شركة الاقتراض ويسكننا معاً » .

يتجه الرأي الغالب في الفقه الحديث إلى إمكان هذا التنفيذ ، على الأقل في ظل الأوضاع القانونية الحالية ^(١) . ولكن المحاكم قد اقتصمت إلى اتجاهين رئيسيين :

فريق من المحاكم يرى أنه لا يمكن تنفيذ الطاعة - برا . ويستند هذا الفريق بصفة عامة إلى أن المجالس المليية لم تكن تبيح نظام الطاعة ولا تنفيذه بالقوة . وأن موقف المجالس المليية في ذلك يكون عرفا يمكن الاستناد إليه في رفض تنفيذ الطاعة ^(٢) . ويضيف إلى هذا أن الطاعة المسيحية تعني واجبات روحية بحجة والالتزامات لا تعدو نطاق الضمير ^(٣) ، أو بمعنى آخر إنها طاعة أدبية بحجة ، وليس للقوة المدنية أن تتدخل لا كراه الزوجة على القيام بها إن قعدت

(١) أنظر تفصيلا لهذا الموضوع في مذكرتنا لطلبة كلية الحقوق ، السابق الاشارة إليها (١٩٥٧) ص ١٢٣ وما بعدها . ومن أخصار هذا الرأي كذلك : أحمد سلامة ، مذكراته سالفة الذكر . ص ٧٥ و ٧٦ . وكتابه السابق ط ٢ رقم ٣١٢ ص ٦٨٣ وما بعدها . إهاب اسماعيل : شرح مبادئ الأحوال الشخصية ، السابق فقرة ٢٦٤ و ٢٦٥ ص ٢٨٩ — ٢٩١ . رفت خفاجي ورابع لطفي ، المجموعة السابقة ص ٣٨٣ بالهامش . جميل الشرفاوي : الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول في شرائع الوطنين ، ١٩٥٩ ، ١٩٦٠ (ص ٢٨١ . وانظر بالنسبة للرأي المعارض : تادرس ميخائيل : السابق ص ٨٨ . محمد عمر وألني بقطر : في الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) أنظر الأحكام الصادرة من المجلس الملي العام بالقاهرة لطائفة الإقباط الأرثوذكس وهي ترفض دعاوى الطاعة ، في المرجع لصالح حنفي (الطبعة الأولى) ص ٢٨٣ . وقد أشير إلى الأحكام نفسها في مجموعة خفاجي ورابع ص ٤٧ - ٤٨ .

(٣) محكمة المحوذية الجزئية في ١٦/٥/٥٦ رقم ٢١ لسنة ٥٦ - مشار إليه في نفس المواضع المشار إليها في الهامش السابق ، وكذلك دمنهور الابتدائية في ٥/٢/٥٧ رقم ١٢٨ س ٥٦ في صالح حنفي جزء ٢ رقم ١٥٧٦ - ٤٣٣ . وكذلك المحكمة نفسها في ٤/٦/٥٧ في المرجع نفسه رقم ٥٧٨ ص ٢٣٤ . وكذلك المحكمة نفسها في ١٩٥٨/٥/٢٠ في المرجع نفسه رقم ٥٧٩ ص ٤٣٦ . والمحكمة نفسها في ٤/٣/٥٨ رقم ١٤٦ س ٥٧ المرجع نفسه جزء ٢ رقم ٥٨٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ .

عن تأديتها طوعية واختياراً ، أى أنه لا يجوز إكراه الزوجة على التزامها ^(١) .
وذلك أن الإكراه يتنافى مع الآدمية ، كما أن الإكراه فى الطاعة يتنافى مع
الحرية الشخصية ^(٢) . وإذا كانت الشريعة المسيحية تحث على الخضوع لزوجها
وطاعته ، فإن الخضوع المقصود هو خضوع غير مشوب بإكراه ، وإنما عليهن
الخضوع لأزواجهن كخضوعهن للرب ، وهو خضوع بالقلوب ، بقلوب عامرة
بالحبة ، إلا لاسطان على القلوب إلا بالحبة ^(٣) .

وتضيف الأحكام السابقة أن نظام الطاعة نظام غير منتج ، لأن فى وسع
الزوجة أن تخرج من منزل الزوجية بمجرد زوال الفترة التى التزمتها بالدخول
فيه ، ولا يجوز إحضارها مرة ثانية إلا بحكم جديد يدخلها فى الطاعة ، لأن الحكم
الأول ينتهى بتنفيذه ^(٤) .

ومن بين هذه الأحكام التى لا تقبل الإكراه على الطاعة فى الشريعة

(١) محكمة المحمودية المشار إليه فى الهامش السابق . والاسكندرية الجزئية فى
١٠ - ١٠٦ - ١٩٥٦ رقم لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) .

(٢) محكمة طنطا فى ١٧ - ١١ - ٥٦ رقم ١٠٦٩ - ١٩٥٦ بالجدول السومى وفى
التاريخ نفسه رقم ١٠٩٧ سنة ١٩٥٦ . الاسكندرية فى ٩ - ٩ - ١٩٥٧ رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٧
(والمكاز غير منشورين) . وقد أورد حكم محكمة طنطا كذلك صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٨٦
ص ٤٤٥ - ٤٤٧ .

(٣) محكمة طنطا المشار إليه فى الهامش السابق . وكذلك حكما فى النضيئين رقم ٤٨
و ٥٧ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) .

(٤) الاسكندرية الجزئية فى ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ رقم ٨٥ لسنة ٥٧ . وكذلك فى
٣٠ - ١٢ - ٩٥٧ رقم ١٣١ لسنة ٩٥٧ .

وانظر فى عدم جواز تنفيذ حكم الطاعة جبراً كذلك : مجموعة خفايى ورايى والأحكام
المشار إليها ، ص ٢٨٥ - ٢٨٧ . وانظر كذلك أسبوط الابتدائية (استئناف) فى
٩ - ١١ - ١٩٦١ رقم ٢١٠ س ١٩٦٠ فى المجموعة الرسمية س ٦٠ عدد ١ رقم ٥٢
ص ٤٢٦ .

المسيحية أحكام كثيرة لا تجب الزوج إلى طلبه بإدخال زوجته في طاعته كرها ، ولكنها - وضما للأمر في نصابها « وبما يتفق وأحكام الشريعة القبطية الأرثوذكسية » - تأمر بدعوة الزوجة للعودة إلى زوجها والاستمرار في المعاشرة الزوجية . فإذا امتنعت دون حق ، كان لذلك أثره ، فيما يتعلق بفصم عرى الزوجية ، إذا لجأ الطرف الآخر إلى هذا السبيل ^(١) .

وتفريما على هذا لجأت المحاكم إلى إسقاط نفقة الزوجة إذا لم تمثل بالعودة إلى منزل الزوجية لمساكنة زوجها ^(٢) .

هذا عن الاتجاه الأول في أحكام المحاكم . وهو يرفض بصفة عامة تنفيذ الطاعة جبرا ، ويتجه إلى دعوة الزوجة إلى المعاشرة الزوجية ، فإن أثبت كان لهذا أثره في سقوط حقوقها ومنها النفقة ، كما أنه يكون لذلك أثره أيضا عندما يطلب انفصام الرابطة الزوجية .

(١) أنظر محكمة الاسكندرية الجزئية في الحكم رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٦ ، وحكمها في ٣٠ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٧ . وأنظر أحكاما أخرى في نفس هذا المعنى ، حيث تدعو الزوجة إلى المعاشرة ، صادرة من المحكمة نفسها في ٩ - ٤ - ٥٦ رقم ٤٠ سنة ١٩٥٦ ، وفي ٢٥ - ٦ - ١٩٥٦ رقم ٧٨ س ٥٦ ، وفي ١٥ - ١ - ٥٦ رقم ٥٦ س ٥٦ ، وفي ٥ - ١١ - ٥٦ رقم ١٤٢ س ٥٦ ، وفي ٢٩ - ٤ - ١٩٥٧ رقم ١٩ س ٥٧ ، وفي ٩ - ٩ - ٥٧ رقم ٨٩ س ٥٧ ، وفي ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ رقم ٨٥ س ٥٧ ، وفي ٢٤ - ٢ - ٥٨ رقم ٢٢ س ٥٨ ، وفي ٥ - ٥ - ٥٨ رقم ١٥ س ٥٨ ، وكذلك رقم ٦٣ س ٥٨ ، وفي ٢٣ - ٦ - ٥٨ رقم ٤١ س ٥٨ (وكلها أحكام غير منشورة) .

(٢) محكمة الاسكندرية الجزئية في ١٤ - ١ - ٥٧ رقم ٢٠٥ س ٩٥٦ ، وفي ٢٣ - ٩ - ١٩٥٧ رقم ٦٩ س ٩٥٧ (غير منشورة) وكذلك دمنهور في ٥ - ٢ - ١٩٥٧ رقم ١٢٨ س ٥٦ صالح حنفي ٢ رقم ٥٧٦ - ٢ - ٤٣٤ . وكذلك المحكمة نفسها في ٤ - ٦ - ٥٧ في المرجع نفسه رقم ٥٧٨ خاصة ص ٤٣٦ . وانظر كذلك أسيوط الابتدائية (استئناف) في ٩ - ١١ - ١٩٦١ الصادر إليه في الخامس قبل السابق ، وقد قرر أن عدم إطاعة المرأة لزوجها ليس جزاءه سقوط حقها في النفقة فعقب « وإعما تسقط حقوق أخرى أهمها حضانة أولادها ، وحرمانها من هذا الحق كله له أثر أبلغ من إكراهها على إطاعة زوجها .

والفرق الآخر من المحاكم يرى تنفيذ الطاعة جبراً . وقد صدرت في هذا المعنى أحكام عديدة صادرة من المجالس المليّة الفرعية ، كما صدرت أحكام أخرى من المحاكم العادية بعد أن آل إليها الاختصاص .

أما عن أحكام المجالس المليّة الفرعية ، فهي خاصة بطائفة الأقباط وهي تقضى بالزام الزوجة بالطاعة ، خاصة متى كان الزوج غير مقصر في القيام بالواجبات الزوجية ، وإعداد المسكن المناسب ، إذ في الأخذ بنظام الطاعة صيانة للأسرة ، وعدم تعريضها لأخطار جسيمة ^(١) .

وإلى جانب أحكام المجالس المليّة ، هناك أحكام أخرى صادرة من المحاكم العادية ، من ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية (باعتبارها جهة استئنافية في الأحكام الصادرة في الطاعة) . وقد أقر الحكم هذا الاتجاه الثاني وبين أن الطاعة واجبة في كافة الشرائع ، وأنها تنفذ بالقوة الجبرية سواء تعلق الأمر بالمسلمين

(١) وقد جاء في أحدها أنه : « إذا هبّ الزوج زوجته منزلاً تقيم فيه معه وحدها ، مستوفياً لفروض المنزل ، في وسط معتدل من السكان ، وكان المسكن مناسباً شرعاً ، فلا حق للزوجة في المطالبة بالدول عن الطاعة » . وفي حكم آخر قضى بأنه : « إذا كانت أسباب الخلاف ترجع إلى الزوجة ، وظهر تمتها ورفضها الصلح ، وأن الزوج يسمى لارضائها وقيام المماثلة المسيحية بينها ، في حين تختلف هي أسباباً للنفور ، وجبت عليها الطاعة » . وقرر الحكم أيضاً : « أن طاعة الزوجة لزوجها واجبة وفقاً لناموس الكنيسة ، ولما جرى عليه العمل بالمجالس المليّة ، إذ هي حجر الزاوية في بناء الأسرة ، ورغماً عما في هذا الاجراء من فسوة بتدخل السلطة التنفيذية لاجراء التنفيذ بالقوة الجبرية ، إذ بدون ذلك تعرض الأسرة لأخطار جسيمة » . وبين لنا كذلك من أحكام المجالس المليّة في هذا الصدد أنه متى ثبت أن الزوج قد هبّ المسكن المناسب فليس للزوجة عذر ، وعليها الطاعة . لكن إذا ثبت أن الزوج — كما جاء في حكم آخر — لا يقيم بمفرده ، وليس له منزل خاص مستوفياً لكافة لوازمه ، بل يقيم مع والده ، فانه يحق للزوجة أن تطالب بعدم الدخول في طاعته . هذه هي أحكام المجالس المليّة الفرعية في هذا الصدد ، وقد أشار إليها صالح حنفي في كتابه المرجع جزء ١ ، ص ١٨٨ والأحكام المشار إليها صادرة من مجلس مليّ فرعى دمنهور .

أم بغير المسلمين . ومن المفيد أن تشير إلى بعض ما جاء في حيثيات هذا الحكم :
« وحيث إن طاعة الزوجة لزوجها أمر واجب عليها ، ولا يمكن أن يقال إن المسيحية لا تعرف الطاعة كالإسلام ، ولكن المجالس المليية بما كان لها من هيمنة على الأحوال الشخصية قبل إلغائها كانت ترفض مبدأ الطاعة ، بقصد عدم تنفيذ الأحكام بالقوة الجبرية . إلا أن الحال قد تغير بالغاء المجالس المليية . فالمادة ٣٤٥ من اللائحة الشرعية تقضى بأن تنفيذ الطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك ، يسكون قهر ، ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل . وهو يسرى على المصريين جميعاً على اختلاف مللهم ونحلهم . ولا محل للقول بأن تنفيذ حكم الطاعة بالقوة معناه إهدار كرامة الزوجة وتعسف من جانب الزوج ، لأن حكم الطاعة مشروط باعتبار الزوجة ناشئة لم ترع حقوق الزوج . كما أنه لا يضير تنفيذ حكم الطاعة عليها جبراً في حين أن المادة ٢٩٣ عقوبات التي تسرى على الجميع تفرض عقوبة الحبس على الزوج عند عدم سداد النفقة الزوجية . ولربما كان قرب الزوجين لبعضهما أدعى إلى زوال النفور والبغضاء واستقرار الأسرة وحمايتها بعكس هجر الزوجة لزوجها ، فانه تقويض لكيان الأسرة ، وتشريد للأولاد وضياح لمستقبلهم ^(١) .

(١) ، القاهرة الابتدائية في ٢٦ نوفمبر ١٩٥٦ وقد أورد هذا الحكم لإهاب اسماعيل في كتابه السابق ص ٢٩٥ وكذلك حكماً في ١٠-٢-١٥٨٨ رقم ١٥٩٢ ص ٥٧ صالح حنفى ٢ رقم ٥٨١ ص ٤٣٧ . وهناك أحكام أخرى في هذا المعنى : من ذلك حكم محكمة بنها الابتدائية في ٢٧ فبراير ١٩٥٧ رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) وقد أوردته كذلك صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٧٧ ص ٤٣٤ . ومن ذلك أيضاً حكماً صادراً من محكمة قضا الجزئية أعاد إليهما صالح حنفى جزء ١ ، السابق ص ٢٨٥ و ٢٨٧ . وقد جاء في أحدهما أنه : « إذا نشزت الزوجة وخرجت من طاعة زوجها سأل أن يقضى له بإعادتها إلى كنفه وردّها إلى عصمته بشرط أن يقوم الدليل على أنه أمين عليها ، ولا يبنى من وراء الطاعة التتكيل بها أو القصاص منها » . وجاء في الحكم الثاني أن المستفاد من التصور الواردة في الشريعة المسيحية =

هذا عن الائتاء الثانى فى أحكام المحاكم . ومن الواضح أنه يقر وجود الطاعة فى الشريعة المسيحية ، وبين أن المجالس المليية التى رفضت الطاعة كانت تخشى بصفة أساسية من تدخل السلطة التنفيذية ، وأن تنفيذ الطاعة جبراً أمر يسرى على الجميع طبقاً للمادة ٣٤٥ من اللائحة الشرعية ، وأنه لا ضير من تنفيذ الطاعة فى الوقت الذى يباح فيه حبس الزوج متى امتنع عن أداء النفقة . كما يقين من أحكام المحاكم فى هذا الصدد أيضاً أنه يلزم لى تدخل الزوجة فى طاعة زوجها أن يهى لها المسكن الشرعى وأن يكون أميناً عليها ، وأن يقوم بالتزامه بالاتفاق . وإلا كان من حقها أن تمتنع عن التزامها قبله بطاعتها إياه ، فإذا كان الزوج قد أخل بواجب معاملة زوجته بالمعروف ، فانه يكون غير أمين عليها مما يدعو إلى رفض دعواه بالمطالبة بإدخال زوجته فى طاعته (١) .

هذا هو الوضع الحالى من مسألة الطاعة . فأى الانتهجين يقوم على أساس

قانونى سليم ؟

تتأ أن هذه الشريعة تفرض الطاعة ، وأوصتها على الزوجة لزوجها . وقد ذهب البعض خطأ إلى أن هذه الشريعة لا تجيز الطاعة ، وأنه لا إكراه على الزوجة فى معاشره زوجها وأن الفرض من الطاعة لا يتحقق إذا كانت أسباب الشقاق قائمة . ولكن هذا الرأى يتناقى مع النصوص الصريحة السابق الاشارة إليها على سبيل المثال وغيرها . فضلاً من أنه يتناقى مع طبيعة عقد الزواج الذى ينشئ التزامات متبادلة بين الزوجين . ومن شأن الأخذ بهذا الرأى توسيع شقة الخلاف . وانظر كذلك حكم محكمة التمييز الابتدائية فى ٢٠/١١/١٩٥٦ رقم ٦١ س ١٩٥٦ (خفاجى ورابع س ٥٠ رقم ١٩) . وكذلك حكم محكمة شبرا الجزيية (نفس المجموعة السابقة س ٤٩ رقم ٧ . وقد أورده إهاب اسماعيل ، السابق س ٢٩٤ - ٢٩٥) . وانظر أيضاً مجموعة الأحكام الواردة فى خفاجى ورابع ، س ٢٨٢ - ٢٨٥ وهى تجيز تنفيذ الطاعة فها . وانظر كذلك حكماً يوجب تنفيذ الطاعة جبراً بين **الاسكاثوليك** : الدنيا الجزئية فى ١٥ - ٤ - ٥٧ أورده صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٨٣ س ٤٣٩ - ٤٤٢ . وانظر أيضاً الاقصر الجزئية فى ٦ - ٦ - ١٩٥٦ أورده صالح حنفى ج ٢ رقم ٥٨٤ س ٤٤٢ - ٤٤٥

(١) الاسكندرية الجزئية ١٦ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٦٥ س ١٩٥٨ .

لاشك أن الاتجاه الأول يعد استجابة للآراء التي انتشرت حديثا وخاصة على أثر قيام الجمعيات النسائية التي تطالب بتحرير المرأة وأعطائها حقوقها ، تنادى بالغاء نظام الطاعة لأنه يتناقى مع الكرامة الانسانية ومع مبادئ الحرية الشخصية ، كما أنه يتفق مع التطور الذي حدث في بعض البلاد الغربية في هذا الشأن مثل فرنسا ^(١) .

ومع ذلك فإن الوضع في ظل نظام القانون المصري القائم يختلف عنه في فرنسا . ذلك أنه إذا كان تنفيذ الالتزام جبرا عن الزوجة لم يعد مأخوذا به في فرنسا ، فإن عندهم من الجزاءات الأخرى التي يمكن توقيها على الزوجة المتمتعة ، مالا نظير له عندنا . وإذا كان أهم ما يترتب على عدم دخول الزوجة طاعة زوجها عندنا هو اعتبارها ناشزا وسقوط نفقتها . فإن هذا يعد جزاءا لا قيمة له ، لأنه جزء سلبي ، وقد تكون الزوجة غنية ليست في حاجة إليها . أما في فرنسا فإن الوضع يختلف ، إذ هناك جزاءات يمكن توقيها على الزوج المتمتع وهي جزاءات يبنى أن نطبقها عندنا إذا ما استجينا لفكرة إلغاء نظام الطاعة . ففي فرنسا إذا امتنعت الزوجة عن العودة إلى منزل الزوجة دون وجه حق كان للزوج أن يمنع عنها أى مال ، فيحتفظ لنفسه بدخل الأموال المشتركة بينهما ،

(١) فقد كان القضاء الفرنسي فيما مضى يأمر بإجبار الزوج الذي يرفض تنفيذ التزامه بالمساكنة ويستعين الزوج الآخر على إحضار النخل بتنفيذ التزامه بالبوليس ، وذلك بطبيعة الحال إذا كان الزوج المتمتع على غير حق في امتناعه . وقد كان الفقه الفرنسي يؤيد الاتجاه القضاء إلى هذه الوسيلة ، لأنها ، كما قيل ، تبدو مع تقدم الزمن غريبة لا تتفق مع آداب المصير . كما رؤى إلى جانب ذلك أن الالتجاء إلى القوة لإجبار أحد الزوجين على مباشرة الآخر مثير وسيلة غير مجدية لأنه لا يمكن دوام المباشرة بالقوة ، إذ يستطيع الزوج الفرار من الحصة الاجبارية . أنظر بلانيول وديبير وجولانجي ، السابق ، فقرة ١٢٢٦ ، ص ٦٠٩ .

أو بأموال البوطة ، وحتى بأموال المرأة الخاصة بها التي يديرها هو . بل إنه يستطيع كذلك أن يمنع عنها ما يلزمها من نفقة . وهذه وسيلة لانظيرها عندنا ، نظرا لاستقلال المرأة من الناحية المالية عن زوجها .

ومن ناحية أخرى فإنه يمكن أن يحكم بالتعويض *dommage - intérêts* لصالح الآخر . ذلك أن عدم التنفيذ الذي لا يستند إلى حق قد يكون من شأنه أن يسبب للزوج الآخر ضررا ، حتى ولو كان مجرد ضرر أدبي ؛ ولهذا فإنه يخول له الحق في التعويض .

وإلى جانب ذلك فإن المحاكم الفرنسية لم تتردد في الحكم على الزوج المتع (*récalcitran*) بتهديد مالى لكى يرضخ لتنفيذ التزامه ، فإذا لم يمثل ، انتهى الأمر إلى الحكم عليه بالتعويض .

وفضلا عما سبق ، يبيح القضاء الفرنسى للزوج أن يحصل على إذن القضاء بالحجز على دخل الزوجة أو وضعه تحت الحراسة *Sequestre* ، وذلك فى حالة ما إذا كان للزوجة أموال خاصة احتفظت لنفسها بالحق فى إدارتها فى عقد الزواج . وفى ذلك وسيلة لتجويد المرأة *pour la prendre par la famine* .

وأخيرا فإن امتناع أحد الزوجين عن الوفاء بالتزامه بمعاشرة الآخر يستبرإساءة بالغة *injure grave* يخول للطرف الآخر طلب الطلاق أو الانفصال الجائى ، مع اعتبار المتع عن تنفيذ التزامه منهما مسئولا عن الطلاق أو الانفصال ^(١) .

(١) أنظر فى هذا : بلايول وريير وبولانجي ، السابق ٢٧٢٨ - ١٧٣٠ . كولان وكايتان مع دى لامورانديار ، السابق فقرة ١٠١٤ § ٦٠٣ . وانظر أيضاً : جيل الفرقادى ، الزواج فى القانون الفرنسى ، السابق فقرة ٥٤ ص ١٩٢ - ١٩٤

هذه هي الجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة امتناع الزوجة عن تنفيذ التزامها . وهي جزاءات شديدة ، وإن أمكن تطبيق بعضها ، فلن يتسنى تطبيقها جميعا . نظرا لاختلاف الوضع بين القانون المصري والفرنسي من حيث الأنظمة المالية بين الزوجين ؛ ومن حيث إعطاء الزوج في فرنسا سلطة واسعة على أموال الزوجة ، بحيث يستطيع أن يثنى المرأة عن عدم تنفيذ التزامها ، ولهذا فإن أخذ بعض المحاكم عندنا بما انتهى إليه التطور في فرنسا في شأن الطاعة ينبغي أن يراعى بشأنه ما هنالك من فوارق بين نظامنا القانوني ونظام القانون الفرنسي .

ومع ذلك فإننا نعتقد أن الاتجاه الثاني للمحاكم هو الذي يقوم على أساس قانوني سليم في ظل الوضع القانوني الحاضر عندنا . ولنقف هنا لدى ما يمكن أن يثار من أسانيد لتأييد فكرة الطاعة والأخذ بها ^(١) . ولكننا سنكتفي في هذا المجال بإثارة حجة قانونية ينبغي ألا يتغاضى عنها أنصار الاتجاه الأول الذي يرفض تنفيذ الطاعة جبراً سواء من الفقه أو من القضاء .

للاجتهاد أولاً في أن الطاعة نظام تعترف به الشريعة المسيحية شأنها في ذلك شأن الشرائع الأخرى . فمن ناحية القواعد الموضوعية في الشريعة المسيحية يوجد هذا الالتزام في ذاته بصرف النظر عن كيفية تنفيذه . إذ للزوج على زوجته حق الطاعة كما أن عليها أن تقيم معه وتبته أينما كان ، وهذا مالا ينكره أحد ، حتى المعارضون لفكرة الطاعة . ولكن الخلاف ينحصر في نقطة أخرى هي إمكان الإكراه على تنفيذه . فهل يمكن تنفيذ الطاعة جبراً ؟ هذه هي المشكلة وهذا هو وضعها . نادر إلى الإجابة عن ذلك بالإيجاب .

(١) أنظر تفصيلاً لتلك الأسانيد في مذكراتنا سائفة الذكر لطلبة كلية الحقوق ، ص

ذلك أنه قد ورد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية نصان ممانص المادة ٣٤٥
ونص المادة ٣٤٦ يتعلقان بتنفيذ الطاعة ^(١) . وهاتان المادتان واجبتا التطبيق
حتى بالنسبة لغير المسلمين ، لأن الأمر الذي تعرضان له يتعلق بمسألة من مسائل
الإجراءات ، خاصة بتنفيذ حكم الطاعة الذي يصدره القاضي بين غير المسلمين
تطبيقاً للقواعد الموضوعية التي جاءت بها شريعتهم والتي توجب على الزوجة
طاعة زوجها . ولما كانت هاتان المادتان لم تحذفا ضمن ما حذف من نصوص
لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ^(٢) ، وتعلقان بإجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة
بالطاعة ، فهما تسريان على الجميع ، من مسلمين وغير مسلمين . وذلك إعمالاً
لنص المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي تقضى بأن « تتبع أحكام
قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي
كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية ، عدا الأحوال التي وردت
بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى .
المكملة لها » .

ومن هذا يتبين لنا أن من الممكن تنفيذ الطاعة بالنسبة لغير المسلمين ، كما
هو الشأن تماماً بالنسبة للمسلمين وذلك استناداً إلى نص المادتين ٣٤٥ و٣٤٦ من
لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . هذا ما نرى أنه ينبغي التسليم به في ظل الوضع

(١) وتنص المادة ٣٤٥ على أن « تنفيذ الحكم بالطاعة ... يكون قهراً ولو أدى إلى
إستعمال القوة ودخول المنازل . ويتبع رجال التنفيذ في هذه الحالة التعليمات التي تطى من
القاضي الجزئي أو رئيس المحكمة (الشرعيه) الكائن بدائرتها المحل الذي يحصل فيه التنفيذ .
كما تنص المادة ٣٤٦ أن « يباد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة » .

(٢) أنظر المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

الحال بالنسبة لغير المسلمين جميعاً^(١) ، ما لم يعدل عن ذلك ، عن طريق إلغاء هذا الحكم من بين النصوص التشريعية . فعدم إجازة إكراه الزوجة على البقاء في منزل الزوجية مسألة لا بد فيها من نص تشريعي صريح تلقى به النصوص الحالية الواجبة الاتباع بالنسبة للجميع .

الفرع الثاني

الآثار بالنسبة للأولاد

١٤٣ - محمد : رأينا فيما سبق أنه يترتب على قيام الزواج آثار متعددة . ومن هذه الآثار ما يترتب على الزواج الصحيح ، ومنها ما يترتب على الزواج الباطل . وفي صدد الكلام عن آثار الزواج يثور البحث كذلك عن هذه الآثار بالنسبة للأولاد . ولعل أول ما يعرض في هذا الصدد هو ثبوت النسب ، إذ هي مسألة أولية يترتب عليها قيام حقوق للأبناء على الوالدين من جهة ، وقيام

(١) وإذا كان الشك يثور فيما مضى حول إمكان تنفيذ الطاعة جبراً حينما كان الاختصاص للمجالس المليية ، حيث كانت ترى أن الطاعة التزام روحي لا يمكن الإكراه في تنفيذه . حيث لم تكن تمحيد تدخل السلطة المدنية في تنفيذ أحكام الطاعة ، فإنه ليس هناك شك الآن في إمكان التنفيذ جبراً على أساس أن هذا التنفيذ يعد من الإجراءات التي تسرى بشأنها قواعد لامحة ترتيب المحاكم الشرعية على الجميع من مسلمين وغير مسلمين . ولا يمكن في هذا العدد الاستناد إلى ما استقر عليه قضاء المجلس إلى العام من عدم تنفيذ حكم الطاعة عن طريق الاجبار كما ذهب إلى ذلك خطأ بعض أحكام المحاكم (أنظر مثلاً حكم محكمة طنطا في القضية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٨ السابق الإشارة إليه) ، إذ لو فرضنا أن استقرار قضاء المجلس قد كون عرفاً قفائياً في هذا الصدد — وهو ما نشك فيه نظراً لعدم إجماع أحكام المجالس المليية الشرعية على مسابقة المجلس إلى العام في اتجاهاه كما قدمنا — فإن هذا السرف قد أُلغى منذ صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي هدم قواعد الإجراءات على جميع المواطنين ، ولما كان تنفيذ الطاعة جبراً بعد دون جدل من مسائل الإجراءات ، فإنه يخضع لهذه القاعدة الواردة في القانون ٤٦٢ .

حقوق للوالدين على الأبناء من جهة أخرى . ولما كانت مسألة ثبوت النسب هي أهم ما يعرض في هذا المجال ، فإتينا نتكلم عنها بشيء من التفصيل فيما يلي ، وذلك بعد أن نشير أولاً إلى ما ينشأ من حقوق وواجبات متبادلة بين الآباء والأبناء .

أولاً : الحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأبناء

١٤٣ مكرر - تعديدها حالة : - ترتب هذه الحقوق والواجبات متى ثبت نسب الأولاد من والديهم وتظل ثابتة بعد ذلك ، حتى ولو زالت الرابطة الزوجية بين الوالدين فيما بعد بالوفاة أو بأي سبيل آخر ^(١) .

ويقع على عاتق الوالدين واجبات على درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة للأولاد . وتتلخص هذه الواجبات في المحبة والتربية .

فعلى الوالدين أن يحبا أولادهما وأن يمتا حقيقة بمصالحهم ويحافظان عليهم في عامة الأمور . والواقع أن هذا الواجب يعد من الواجبات الخلقية ، وهو أمر طبيعي منشؤه علاقة البنوة والأبوة . ولا يتصور أن يكون هناك جزاء على مخالفته سوى ما للقواعد الاخلاقية والقواعد الدينية من جزاء ^(٢) .

(١) وقد نصت المادة ٦٧ و ٧٣ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس على أنه « لا يؤثر حكم الطلاق على ما للأولاد من الحقوق قبل والديهم » . وانظر كذلك المادة ٧١ لومين .

ويختلف الوضع بالنسبة لهذا النوع من الحقوق والواجبات عنه بالنسبة للحقوق والواجبات التي تنشأ بين الزوجين ، إذ الأمل في هذا الأخيرة هو انقضاءها بانقضاء الرابطة الزوجية .

(٢) جاء في رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس ، (الاصحاح السادس عدد ٤) : « وأتمم أيها الآباء لا تغيظوا أولادكم ، بل ربوهم بتأديب الرب وإنذاره » . وجاء في المادة ١٣١ من القواعد التي جمعها فيليب جلال الطوائف الكاثوليكية : « يقترب الأبوان إنما « أولاً » : إذا اتقدا قبلهما غضباً فأبضاً ولدهما حتى كرها النظر إليه بدون حق =

وإلى جانب ذلك فإن على الوالدين لأولادهما كذلك واجب التربية بكل ما ينطوى عليه هذا الواجب وما يتصل به من أمور ، وسواء تعلق الأمر بالتربية الروحية أم بالتربية الجسدية للأولاد . وهذا يعد من الأغراض الأساسية للزواج التي تتمثل في إنجاب الأولاد وتربيتهم بكل ما تتطلبه هذه التربية من واجبات وأعباء . أما بالنسبة للتربية الجسدية ، فإنها تستدعي العناية بالأولاد في المراحل المختلفة من حياتهم . ففي فترة الحمل تلزم العناية بالجنين وتجنب كل ما من شأنه الإضرار به ومنع الاجهاض ... وبعد الوضع يستلزم الأمر العناية باطعام الولد وصيائه والحفاظة عليه حتى يشب ويقوى ^(١) . ولهذا فإنه يتعين على الأم إرضاع أولادها بنفسها . فهذا واجب عليها لهم ، ألم يمنعها من ذلك مانع قوى ، وبصفة خاصة مانع صحى . أى يلزم أن تكون هناك أسباب صحية لاعفائها من هذا الواجب ^(٢) .

وتستلزم التربية الجسدية كذلك إحاطة الأولاد بالعناية اللازمة من الناحية الجسمية ، وذلك طبقاً لظروف الوالدين ، وبالتعاون بينهما . فعليهما أن يهيئاه ما يحتاج إليه من نفقة وطعام وكسوة لائقة . ويظل هذا الالتزام بالاهتمام بالولد

« أو أياً مساعدته عند حاجته . » ثانياً : « إذا لقيت بالقب مينة جداً بحيث يحمله يستشيط غضباً ، فن ثم يتردد ويصعب ... » ثالثاً : « إذا أظهرت فواحشه لأجنى بدون داع موجب مقبول . » رابعاً : « إذا فرط في الميل حتى أباح له كل ما يهواه أو قصر في التشديد عليه لردعه عن المنكرات . » خامساً : « إذا فضلا أحد أولادهما على الباقيين بدون علة موجبة . »

(١) أنظر القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلال ، السابق مادة ١٢٣ . وكذلك De Smet ، السابق ص ٢٠٨ . وأنظر كذلك المادة ١٢١ و ١٢٦ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٢٨ للإبائات الأرثوذكس ، والمادة ٣٠ وما بعدها لرومن أرثوذكس .

(٢) أنظر المادتين ١٢٥ و ١٢٦ من القواعد السابقة لفيليب جلال ، De Smet ، السابق ص ٢٠٨ وهامش ٤ .

والمحافظة عليه ، حتى يستطيع أن يكفل نفسه من سعيه وكده ؛ وعليهما أن يسرعا
له ذلك ، سواء عن طريق ترك مال له يستعين به أو عن طريق تعليمه التعليم
الذى يؤهله لمواجهة الحياة ^(١) .

أما عن واجب التربية الروحية ، فإنه يتضمن التعليم والتربية العقلية والحلقية
والدينية . فعلى الوالدين العناية بتعليمه وتنمية مواهبه وتقوية إرادته وعزيمته .
كما أن عليهما كذلك أن يريا أولادهما على حسب الفضيلة وكره الرذيلة والابتعاد
عنها ، والخوف من الله والبعد عن كل ما يندس النفوس . وعلى الوالدين
المسيحيين أن يعنيا بتربية أولادهما تربية مسيحية . وفى كل هذا يلزم أن يكون
الوالدان قدوة حسنة للأولاد ^(٢) . وواجب التربية الروحية يعد من الواجبات
المشتركة التى يتعين على الوالدين القيام به بالتعاون بينهما ، مع مراعاة ما للرجل
من الرئاسة فى الأسرة ، إذ أن له الادارة والتوجيه بالنسبة لمسا بهم الأسرة
والأولاد .

هذه الواجبات المتعلقة بالتربية الجسدية والروحية وما يستتبعها من التزام
-الأم بالإرضاع والحضانة ، والالتزام الأب بالإتفاق ، ومن ثبوت الولاية على نفس
الصغير وما له ، تعتبر حقوقا للأولاد قبل والديهم .

ومن ناحية أخرى ، فإن الأولاد يلتزمون كذلك بالتزامات متعددة قبل

(١) أنظر المادة ١٣٣ من القواعد المشار إليها فى المايش السابق . وكذلك De Smet

ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٢) أنظر المادة ١٣٤ من القواعد السابقة . De Smet ص ٢٠٩ .

«الوالدين ، التزامات دينية وخلفية»^(١) ، إلى جانب الالتزامات القانونية الناشئة عن القرابة . فيجب على الولد في أى سن أن يحترم والديه ويحسن معاملتهما^(٢) . كما يجب عليه كذلك أن يبقى تحت سلطة والديه حتى سن البلوغ . وإلى جانب ذلك فإن على الأولاد الالتزام بالاتفاق على الوالدين وتقديم ما يحتاجانه لمعيشتهما .

وأيا كان الأمر بالنسبة لهذه الحقوق والواجبات بين الآباء والأبناء ، فإنا لن تعرض لها في هذا المجال بالتفصيل ، وسنرجى الكلام عن النواحي القانونية من هذه الآثار التي تترتب بالنسبة للأولاد لما بعد ، وخاصة عند الكلام عن الآثار التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية ورابطة القرابة .

ثانياً : ثبوت النسب

١٤٤ - محمد : قبل أن نعرض بتفصيل لموضوع ثبوت النسب نود أن نشير إلى أن هذه المسألة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، طبقاً لما جاء في المادة ١٣ من قانون نظام استقلال القضاء . وهذا يعنى أنه يتعين تطبيق أحكام شرائع غير المسلمين بالنسبة لما يتعلق به . ولا جدال في هذا - كما قدمنا - إذا ما رفعت

(١) أنظر سفر الأمثال : الإصحاح ١٩ عدد ٢٦ حيث جاء : « انحرب أباه ، والطارد أمه هو ابن عجز ومجمل » . وفي رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس (إصحاح ٦ عدد ١ و ٢ حيث جاء : أيها الأولاد أطيعوا والديكم في الرب لأن هذا حق . أكرم أباك وأمك التي هي أول وصية بوعده .. » . وانظر في هذه الوصية الأخيرة (أكرم أباك وأمك . .) وما جاء في شأنها من واجبات الوالدين لأولادهم وواجبات الأولاد لوالديهم : محاضرات للأرشمندريت « ثاوفانوس شار » عن وصايا الله المشر وكما لها في شريعة يسوع الملك ، ألتانها في كاتدرائية الروم الكاثوليك بالقاهرة (مطبعة القديس بولس في حريصا سنة ١٩٢٧) ، ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) المادة ١١٩ و ١٢٤ من مجموعتي الأخطاء الارثوذكس ١٩٥٥ و ١٩٢٨ .

دعوى النسب مستقلة ، كما إذا رفعت حال حياة الشخص المراد إثبات النسب منه . إلا أن الخلاف قد ثار في حالة ما إذا لم ترفع دعوى النسب مستقلة ، ولكنها كانت متفرعة عن دعوى إرث في تركت غير المسلمين . وقد رأينا فيما سبق أن محكمة النقض عندنا قد فصلت في هذا الموضوع . ويؤخذ مما قرره المحكمة في هذا الصدد أنه لما كان الفصل في مسألة النسب يعتبر مسألة أولية قبل الفصل في دعوى الميراث ، ولما كان تحديد صفة الشخص كوارث ينبغي أن يتم طبقاً للشرعية الإسلامية ، حتى بالنسبة لغير المسلمين ، فإن هذا يقتضى تطبيق أحكام الشرعية في مسألة النسب باعتبارها مسألة أولية حتى يمكن على ضوءها تحديد صفة الشخص كوارث طبقاً للشرعية الإسلامية ^(١) . وإلى جانب ما سبق ، فإن من المسلم به أن الشرعية الإسلامية تطبق في صدد مسائل النسب بصفة عامة إذا لم تتوافر شروط تطبيق شرائع غير المسلمين . وهذا ما قرره القضاء ، كما رأينا من قبل ^(٢) .

وعلى ذلك فاعتبار النسب من مسائل الأحوال الشخصية يجعلنا نعرض لأحكامه في الشريعة المسيحية ^(٣) . ويثير هذا الموضوع الكلام أولاً عن

(١) أنظر عرض هذا الموضوع فيما سبق ، فقرة رقم ١٩ س ٧٠ - ٧٣ .

(٢) أنظر ما سبق ص ٧٣ وهامش رقم ١ .

(٣) وقد عرضت له الطوائف المسيحية المختلفة - عدا الانجيليين - بصورتها بين الأيمان والتفصيل . فقد عرضت له الطوائف الارثوذكسية جميعاً ، بما فيها الروم (أنظر لائحة ترتيب محاكم الكرس البطركي بالاسكندرية ، وخاصة المادة ٤٣٢ وسنشير إليها فيما بعد . وانظر المادة ٤٩٣ وما بعدها من القانون المدني اليوناني) كما عرضت له كذلك الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية (أنظر المادة ١٠٣ - ١٠٦) . أنظر مع ذلك أحد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٤٣٤ ص ٩٠٤ إذ يقول إن الإرادة الرسولية وقواعد الروم لم تعرض لمسألة ثبوت النسب .

ثبوت النسب حال قيام الزوجية ، ثم ثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين ، سواء عن طريق التصحيح أو عن طريق الإقرار بالنسب والادعاء به ، ونعرض أخيراً لمسألة التبنى إذ أنها من المسائل التي تنظمها القواعد الخاصة بالمسيحيين كذلك .

١٤٥ - (١) ثبوت النسب حال قيام الزوجية : يعتبر الأولاد شرعيين (légitimes) متى ولدوا حال قيام الزوجية . وبهم القانون الكنسى لصالح الأولاد فيجعل منهم أولاداً شرعيين ، سواء ولدوا من زواج صحيح valide أم من زواج ظنى putatif ^(١) .

ويأخذ القانون الكنسى فى هذا الصدد بقرينة الولد للفراس ^(٢) ، وهى قرينة تأخذ بها الشريعة الإسلامية ، كما أخذ بها القانون الرومانى (pater is est quem nuptiae demonstrant) . وقد تقررت هذه القرينة لصالح الأولاد . وهى ليست قاطعة ، ولكنها تقبل لإثبات العكس ، عن طريق نفى نسب الولد إلى الزوج . ولا يقبل من الزوج هذا النفى إلا إذا كانت أسانيد واضحة قاطعة ^(٣) . ذلك أنه إذا كان يراعى فى وضع هذه

(١) المادة ١٠٣ من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية . وانظر كذلك المادة ٤٢ و ٤٤ من مجموعى الاقباط الارثوذكس ١٩٥٥ و ١٩٣٨ وانظر كذلك المادتين ٢٣ و ٢٤ لوهن . والمادة ٤٤ من قواعد الاقباط الكاثوليك .

(٢) ومتفق ذلك أنه إذا جاءت الزوجة بولد حال قيام الزوجية بينها وبين زوجها ، فإن نسب هذا الولد يثبت من الزوج متى توافرت الظروف التى سنينها فيما يلى .

(٣) فولادة الزوجة مبكراً ، بعد الزواج بفترة قصيرة ، يعتبر سبباً يدعو إلى النظر فى قية قرينة الولد للفراس . إذ يمكن يكون الحمل قد تم قبل الزواج من شخص آخر . ومن جهة أخرى فإن المعيشة الزوجية المشتركة قد تنقضى قبل الولادة بفترة طويلة لا يماشر فيها الزوج زوجته معاشره الأزواج ، بحيث لا يمكن قبول تطبيق القرينة . ولهذا فانه لا يمكن إعمال قرينة الولد للفراس بصورة مطلقة .

القرينة مصلحة الأولاد الذين يولدون حال قيام الزوجية ، إلا أن مراعاة مصلحة الأب نفسه ومصلحة الورثة من جهة أخرى تقتضى ألا ينسب إلى الأب ولد ليس منه .

ولما كانت فترة الحمل عند المرأة من المسائل التى لا يمكن معرفتها على وجه الدقة ، فقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقهاء حول تحديدها . ولهذا نجد أنهم قد لجأوا إلى قرينة أخرى قاطعة لكى يصححوا من تطرف قرينة الولد للفراش . فلكى يعمل بقرينة الولد للفراش قرر الفقهاء أنه يلزم أن يكون قد مضى على الزواج ستة شهور (أو ١٨٠ يوماً) على الأقل منذ قيام الحياة الزوجية بين الطرفين ، سواء كان ذلك من وقت بدء الحياة الزوجية بالعقد ، أو من الوقت الذى أعيدت فيه الحياة المشتركة بعد فترة الانفصال المؤقت بينهما . وقد أخذت الطوائف المسيحية التى نظمت ثبوت النسب بهذا الحكم . إذ رأوا أن أقل مدة للحمل هى ستة أشهر ، فاذا ولدت الزوجة ولداً فى تمام ستة أشهر فصاعداً من حين الزواج ، ثبت نسه للزوج . ومفهوم ذلك أنه إذا ولد قبل ستة أشهر كان للزوج أن ينفى نسبة منه ^(١) . هذا من ناحية أقل مدة للحمل .

(١) أنظر المواد ٨٢ - ٨٣ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الأرثوذكس وما يقابلها من مجموعة ١٩٣٨ ، والمادة ١٣٩ صريان وتقتضى بأن أقل مدة للحمل ستة أشهر ، والمادة ٨٥ لوهن وهى تأخذ بقرينة الولد للفراش وتجعل أقل مدة للحمل ١٨٠ يوماً من يوم الاحتفال بالزواج . وهذا ما نصت عليه كذلك المادة ١٠٤ من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية ، والمادة ٤٢ للاقباط الكاثوليك .

وبلى جانب ذلك يراعى ما تقتضى به المادة ٨٦ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) إذ تنص على أنه : « ليس للزوج أن ينفى الولد المولود قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الزواج فى الأحوال الآتية : أولاً : إذا كان يعلم أن زوجته كانت حاملة قبل الزواج . ثانياً : إذا بلغ من الولادة أو حضر التبليغ عنها . ثالثاً : إذا ولد الولد ميتاً أو غير قابل للحياة » (وق هذا الذى كذلك نص المادة ٨٨ لوهن ، إذاً تجعل الولد المولود قبل ١٨٠ يوماً من =

أما من حيث أقصى مدة للحمل ، فقد رأى الفقهاء تحديدها بمشرة أشهر كاملة (أو ٣٠٠ يوم) من تاريخ آخر صلة تمت بين الزوجين . ومعنى ذلك أنه إذا انتهت الحياة الزوجية ، فإن المولود الذي تأتي به المرأة خلال عشرة شهور من تاريخ هذا الانتهاء يعتبر من الزوج وتطبق بالنسبة له قرينة الولد للفراش . وكذلك الحكم في حالة ما إذا حصل انفصال بين الزوجين وانتهت المعاشرة ، فإن مدة المشرة شهور تحسب من تاريخ هذا الانتهاء . فإذا جاءت المرأة بولد بعد عشرة أشهر كان للزوج أن ينفي نسبه منه ^(١) .

= الزواج شرعياً ، ما لم ينكره الزوج ، ولا يجوز الانكار إذا علم الزوج بأن المرأة حامل قبل الزواج ، أو إذا حضر كتابة شهادة الميلاد ، أو عماد الطفل ووقع الشهادات بنفسه أو استنت هذه الشهادات على إقراره بأنه لا يستطيع التوقيع . وانظر كذلك المادة ١٤٠ سريان وهي تقضى بأنه إذا أراد الزوج نسبة المولود إليه ولو كان أم من ستة أشهر صح قوله .
والحكم الذي جاء به النص السابق لدى الأقباط الأرثوذكس مأخوذ بصفة عامة من القانون المدني الفرنسي (أنظر المواد ٣١٢ وما بعدها) وهو يخالف ما كان يقره الفقه التقليدي لهذه الطائفة . فقد جاء في المسألة ٣٤ من الخلاصة القانونية أنه « إذا اتفق أن الزوجة بعد إقرارها بالرجل في أثناء العام الذي تزوجت فيه تلد مولوداً لكل الأشهر ، فلا يترتب أنه نسل زوجها إلا إذا كانت ولدت في ختام تسعة أشهر لإقرارها به ، كما أنها لو وضعت بعد مضي سبعة أشهر فلا يعتبر المولود أنه من نسل زوجها إلا إن حكم طبيباً أنه ناقص الأشهر ، أعني ابن سبعة أشهر إلا أن يكون الرجل وقع قبل الزواج بتلك المرأة وهي بكر واحتض بكارتها وكلف بالزواج بها رسمياً حال حملها منه . فيثبت أن يكون المولود منها بعد زيجتها به نسلاله » . وقد أخذت مجموعة السريان بهذه الأحكام الواردة في كتب الفقه للأقباط ، وذلك في المواد ١٣٧ ، ١٤١ و ١٣٨ .

(١) أنظر المادة ٧٢ و ٨٨ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) ، أنظر كذلك المادة ١٤٢ سريان حيث تجبل للرجل نفي المولود من أمه بعد الانفصال المحقق عنها بجمدة تزيد على عشرة شهور ، مالم يثبت أن تأخير الجنتين كان لسبب يقره (أنظر النص مع مراعاة أن المادة ١٣٩ من مجموعة السريان تقضى بأنه قد تتخطى مدة الحمل إلى « ستة عشر شهراً أو أكثر ، والحكم في ذلك يرجع إلى الأطباء » . وانظر كذلك المادة ٨٩ لومن وهي تجبل المولود شرعياً إذ ولد في مدة الـ ٣٠٠ يوم اللاحقة على فسخ الزواج أو الحكم بالانفصال ، مع إجازه إنكاره إذا كان هناك حائل طبيعى يمنع اتصال الزوج بزوجته في المدة السابقة على =

ومن هذا يتبين أن إعمال قرينة الولد للفراش يقتضى أن يكون قد مر على بدء المعاشرة بالعقد ستة شهور على الأقل ، أو أن يكون الوضع قد تم خلال عشرة أشهر من تاريخ آخر علاقة تمت بين الزوجين ، وفي جميع الحالات يعتبر الشهر في هذا الحساب ٣٠ يوما ، أى أن أقل مدة للحمل هي ١٨٠ يوما وأقصاها ٣٠٠ يوم . ومعنى إعمال القرينة على هذا النحو أنه ليس للزوج - الأصل - أن ينفي نسب المولود ، بل إنه ليس له أن ينفي « في ادعائه عدم المقدرة على الاتصال الجنسي » كما تقتضى بذلك القواعد الخاصة ببعض الطوائف ^(١) . ومع ذلك فقد أباحت القواعد الخاصة ببعض الطوائف ^(٢) . إمكان نفي الزوج للولد حتى مع قيام هذه القرينة خلال المدد سالفة الذكر .

= الفسخ بحيث إذا أضيت هذه المدة إلى المدة اللاحقة على الفسخ لسياسة الولادة بلغت ٣٠٠ يوم . وقد نصت على ذلك أيضا المادة ١٠٤ / ٢ من الإرادة الرسولية بالنسبة لكانتوليك .

وتنس المسألة ٣٥ من الخلاصة القانونية على أن « للرجل نفي المولود من امرأته في أثناء انفصاله عنها انفصالا ظاهرا محققا ، كأن يسافر أو يؤسر أو يعيد لحكم جنائي وغير ذلك مما يؤكد انفصاله عن خلطة زوجته الفراشية » واستمر على ذلك الانفصال مدة ثم وضعت المرأة مولودا بعد تاريخ انفصاله عنها بفترة أشهر أو أكثر من ذلك ، ولم يكن للمرأة دليل شرعي يدل على تأخير الجنين في بطنها زيادة عن الشهور المتبعة للحمل بواسطة عرض متبر اعتبارا طيا محققا لاشبهة فيه . وجيشد إذا أثبت الرجل نفي ذلك المولود عن أن يكون من نسله وتبين وقوع المرأة في الزنا فترفق منه ، ولا يكلف الرجل بشئ لذلك المولود ، بل تسكتل به المرأة » .

وما عليه السبل في **الشرعية الإسلامية** الآن هو أن أقصى مدة للحمل سنة شمسية (٣٦٥ يوما) وأقلها ستة شهور .

(١) أنظر المادة ٩٠ و ٨٥ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ للأقباط الأرثوذكسي ، هذا هو الحكم لدى **الأرمن** (أنظر م ٨٧) . وأنظر ما يقابل هذا من المادة ٣١٣ مدني فرنسي ، وفي بيان المقصود بعدم المقدرة في هذه الحالة أنظر : كولان وكايتان مع دي لاموارنديار ، السابق فقرة ١٢٨١ ص ٧٦٠ .

(٢) كما فعل القانون المدني الفرنسي ، أنظر المادة ٣١٣ .

فلزوج أن ينفي الولد إذا أثبت أنه في الفترة بين اليوم السابق على الولادة بعشرة أشهر واليوم السابق عليه ستة أشهر ، كان يستحيل عليه ماديا أن يتصل بزوجه . سواء بسبب بعد المسافة بينهما أو بسبب وجوده في السجن أو بسبب حادث من شأنه أن يجعل الاتصال بين الزوجين مستحيلا استحالته مادية . كما أن له أن ينفي الولد كذلك لعله الزنا ، إذا كانت الزوجة قد أخفت عنه الحمل والولادة . وفي حالة رفع دعوى الطلاق يجوز للزوج أن ينفي الولد الذي يولد بعد مضي عشرة أشهر من تاريخ القرار الصادر بالترخيص للزوج بالإقامة في مسكن بمنزل أو قبل مضي ستة أشهر من تاريخ رفض الدعوى أو الصلح ، ولا تقبل دعوى النفي في هذه الحالة إذا ثبت في الواقع حصول اجتماع بين الزوجين ^(١) .

وأيا كان الأمر ، فانه ينبغي أن يراعى أنه في جميع الحالات التي يجوز فيها للزوج نفي الولد ، يجب عليه أن يرفع دعواه في ظرف شهر من تاريخ الولادة إذا كان حاضرا وقتها ، أو من تاريخ عودته إذا كان غائبا ، أو من تاريخ علمه بها إذا كانت أخفيت عنه ^(٢) ،

(١) المواد ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب الأرثوذكس وما يقابلها من مجموعة ١٩٣٨ ، وانظر كذلك المادة ١٤٢ صريان أرثوذكس ، وكذلك المادة ٨٦ و ٨٧ و ٨٩ بالنسبة للرومن . وانظر أيضا المادة ٤٣ من قواعد الأقطاب الكاثوليك وهي تجعل للزوج الإنكار إذا كان « في استعالة مادية من مساكنة زوجته » ، سواء كان ذلك بسبب بعد الشقة أو بمسبب العاهة ، فهي تجعل العاهة التي يستحيل معها ماديا الاتصال بزوجه سببا يصح منه الإنكار . وانظر ما يقابل النصوص السابقة من القانون المدني الفرنسي المواد ٣١٢ و ٣١٣ (ممدلة بقانون ١٩ فبراير ١٩٢٣) . وانظر ما جاء في المادة ٦٥ من مجموعة السريان وهي تقضي بأنه لا يستطيع الرجل أن يبرأ من وليد امرأته إن عاش ثلاثة أيام من الولادة ولو أثبت زناها ، إلا إذا أثبت أنه من مدة سبعة أشهر سابقة الميلاد لم يعرفها ، لأن الأجنة الذين يولدون في مدة أقل من هذه لا يعيشون أبداً . وانظر كذلك المادة ٦٦ وقد جاء فيها أن الرجل الأبيض لا يستطيع أن يترب عن وليد أسود يولد له ، لأن تصورات الحواس هي أسباب الشبهة (انظر ما أورده النص في الاستدلال على ذلك) .

(٢) المادة ٨٩ من مجموعة الأقطاب الأرثوذكس . وهي مستمدة مع تعديل طفيف بالنسبة للمدة من نص المادة ٣١٦ مدني فرنسي . وانظر كذلك المادة ٩٠ أومن وهي تقضي بأنه يجب في كل الأحوال أن ترفع دعوى الإنكار خلال شهر إذا كان الزوج موجودا في محل =

ودعوى نفي الأبوة من حق الزوج وحده . ومع ذلك فإن بعض الطوائف تقضى بأنه في حالة وفاته قبل انقضاء المواعيد السابق بيانها دون أن يرفع دعواه يكون لورثته الحق في نفي الولد في ظرف شهر من تاريخ وضع يده هو أو وليه على أعيان التركة ، أو من تاريخ منازعته لهم في وضع يدهم عليها ^(١) .

هذا ، وثبت النسب عن طريق مستخرج من السجلات يتضمن صورة من القيد الذي أجرى في سجل المواليد . وإذا ما وجد هذا المستخرج من السجلات الرسمية الخاصة بالمواليد ، فإن البينة تثبت عن طريقه ، ولا يمكن إثبات عكس ما جاء به أو بالسجلات ، كما لا يمكن إثبات بطلانه أو تزويره إلا بحكم قضائي . أما إذا لم يوجد هذا الدليل أصلاً ، فإن الإثبات يكون جائزاً بكافة

= ولادة الطفل . فإذا كان غائباً ترفع في خلال شهرين . وإذا أخفيت عنه الولادة كان له أن يرفع الدعوى خلال شهرين من اكتشاف النش .

ويقرب هذا مما جاءت به **الشريعة الإسلامية** . ذلك أنه إذا جاءت الزوجة في الزواج الصحيح بولد بعد ستة أشهر أو أكثر من حين عقد الزواج ، فإنه يثبت نسبه منه تطبيقاً لقاعدة الولد للفراش . ولا يجوز للزوج أن ينفي نسب الولد منه في هذه الحالة إلا بشرطين : ١ - أن يكون نفيه وقت الولادة أو وقت الإعداد لها ببراء ما يحتاج إليه في الولادة ، أو في أيام النفقة المتعاقبة بالولادة . هذا إذا كان الزوج حاضراً . أما إذا كان غائباً فوفت عليه بالولادة . فإذا سكنت الزوج عن نفي النسب إلى أن مضت مدة التي اعتبر هذا إقراراً منه ، فلا يقبل منه نفي النسب بعد ذلك . فهذا الشرط يتعلق بإقرار الزوج للنسب صراحة أو ضمناً . ٢ - أن يلاعن زوجته بالطريق الذي رسمته الشريعة الإسلامية لذلك (انظر في هذا : عمر عبد الله ، السابق ص ٤١١ - ٤١٢ . محمد أبو زهرة ، السابق ص ٣٨٩) .

هذا ويصريح أن المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه : « لا تنزع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد » ولا لولد زوجة أثبت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أثبت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

(١) المادة ٩٠ و ٩٥ من مجموعي الألفاظ الأثرودكس وبقابها المادة ٣١٧ مدني

فرنسي .

الطرق بما في ذلك البيئة والقرائن ^(١) . وتنص المادة ٩١ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) ^(٢) على أنه عند عدم وجود شهادة تكفي حيازة الصفة possession d'état ، وهي تنتج من اجتماع وقائع تكفي للدلالة على وجود رابطة البنوة بين شخص وآخر . ومن هذه الوقائع أن الشخص كان يحمل دائما اسم الوالد الذي يدعى بنوته له ، وأن هذا الوالد كان يعامله كابن له ، وكان يقوم على هذا الاعتبار بتربيته وحضاته ونفقاته ، وأنه كان معروفا كآب له في الهيئة الاجتماعية ، وكان معترفا من العائلة كآب . فإذا لم يوجد مستخرج رسمي ولا حيازة صفة يمكن إثبات البنوة بشهادة الشهود المؤيدة بقرائن الأحوال .

١٤٦ - ٢ - نسب الأولاد غير الشرعيين : وفي هذا الصدد تسكلم أولا عن تصحيح النسب ، ثم تسكلم عن الاقرار بالنسب والادعاء به ، كما تسكلم أخيرا عن إثبات نسب الأولاد غير الشرعيين أمام القضاء .

(١) تصحيح النسب : légitimation des enfants : قد يولد ولد من أبوين غير متزوجين ، ويريد الأبوان إصلاح ما أعوج من سلوكهما بقدر

(١) وتنص المادة ٣٠ مدني على أن : « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية في شأن هذا النص إلى أن قانون الأحوال الشخصية هو الذي يحدد قوة الإثبات لطرق المختلفة . ويراعى أن القانون في حالة ما إذا وجد مستخرج رسمي من سجلات المواليد ، قد حدد إثبات العكس ، بأن يكون ذلك بحكم قضائي (انظر المادة ١١ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية) . « فالسجلات بما تحويه من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها ، حجة بصحتها ، ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم » .

(٢) أنظر المواد ٢١٩ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي . وأنظر كذلك مذكرة المشروع التهديقي لقانون المدني عندنا ، مجموعة الاعمال التصضيرية جزء أول ص ٢٢٢ - ٢٢٤ .

المستطاع . وتشجيعهما على ذلك ، فإن القانون الكنسى يسر لهما الأمر عن طريق تصحيح الأوضاع بالزواج اللاحق ، فيصير الولد بذلك كما لو كان قد ولد خلال الزواج ، ويهتم القانون الكنسى بذلك حرصا على مصلحة الأولاد الذين لا تسرى في شأنهم قرينة الولد للفراش .

ويعتبر القانون الكنسى الغربى للكاتوليك ، وعلى أثره القانون الكنسى الشرقى لهذا المذهب ، أكثر انجهاها إلى التصحيح من القانون المدنى الفرنسى الذى سار به جموعة الأقباط الأرثوذكس . إذ يكتفى طبقا للقواعد الكنسية سالفة الذكر أن يتم التصحيح بالزواج اللاحق طالما كان الزواج ممكنا بين الطرفين ، لا يوجد لدهما مانع من الموانع . ويكتفى أن يكونا كذلك في وقت الحل أو في خلال مدته أو عند الوضع ^(١) . ويعترف القانون الكنسى بإمكان تصحيح النسب بالزواج اللاحق ، سواء كان الزواج الذى يتم بين الطرفين صحيحا أو غليا ، بل إنه إذا كان الزواج باطلا ويعلم الطرفان بذلك فإن تصحيح هذا الزواج الباطل يرتب نفس الآثار . كما أن مجرد واقعة الزواج نفسها تصحح النسب ، حتى ولو لم يكن مكتملا . وهذا هو ما جاءت به الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة ^(٢) . إذا نصت على أنه يتم تصحيح نسب الأولاد عن طريق زواج الوالدين اللاحق ، سواء كان هذا الزواج حقيقيا

(١) فقد يكون هناك مانع من الموانع عند الحل أو خلال مدته ولكنه يزول عند الوضع كما قد يكون المانع قائما عند بدء الحل وعند الولادة ، مع زواله في فترة الحل . وزوال المانع قد يكون عن طريق التصحيح أو انقضاء الزوجية القائمة أو بغيره من الطرق التى تزول بها الموانع (أنظر في هذا Fourneret السابق ص ٢٧) .

(٢) المادة ١٠٥ ويقابلها المادة ١١١٦ من القانون الكنسى الغربى ، وكذلك المادة ٤٥ من قواعد الأقباط الكاثوليك .

صحیحاً أو غلطیا ، أو كان قد عقد من جدید أو صحیح ، حتی ولو لم یکن مکتملاً .
وإنما یلزم لذلك أن یكون الزواج ممکناً بین الطرفين فی وقت الحل أو خلال
مدته أو فی وقت الوضع .

وقد سارت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس عندنا أحكام القانون
المدنی الفرنسی فی هذا الصدد ، فتطلبت إجراءات لم یطلبها القانون الكنسی
سالف الذکر . إذ ینبغی طبقاً للقواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس أن یعترف
الوالدان بالولد قبل الزواج ، أو علی أكثر تقدیر حین حصوله . فإذا أهمل الزوجان
القیام بهذا الاجراء ، وهو الاقرار بالبنوة والاعتراف بها قبل الزواج أو حین
حصوله ، فإنه لا یمکن تصحیح نسب الولد بعد ذلك ، حتی ولو تم الزواج بینهما ،
فیظل غیر شرعی . وهذا ما یحاول القانون الكنسی الحد منه ، حرصاً
علی مصلحة الأولاد ، خلافاً للقوانين المدنیة الی تهم بعدم إشراك الأجانب عن
الأسرة فی حقوقها . وعلی غرار القانون الفرنسی كذلك لاتجیز قواعد الأقباط
الأرثوذكس تصحیح نسب أولاد الزنا وأولاد المحارم بالزواج اللاحق ^(١) .

(١) أنظر المادة ٩٢ و ٩٧ من مجموعی ٩٥٥ و ١٩٣٨ بالنسبة للأقباط الأرثوذكس
والمادة ٣٣١ مدنی فرنسی . وقد أخذت بمجموعة **الأرمن** فی المادة ٩١ بالحکم انذی نس علیه
الأقباط فقررت ما یأتی : « الأولاد المولودون قبل الزواج یدون شرعین إذا تزوج والداهم ،
واعترفا بهم أمام الكاهن المختص قبل الزواج أو عند حصوله . وفی الحالة الأخيرة یحرر الكاهن
إقرار الوالدين فی عقد مستقل » فتصحیح النیب لا یم إلا فی هذه الصورة ، بما هو الشأن
بالنسبة للأقباط ، أى بالنسبة للأولاد المولودین قبل الزواج ، ولا بد من توافر الشروط
الأخری المنصوص علیها لدى الأقباط . وأنظر أيضاً المادة ١٤١ من مجموعة **السريان** ، حیث
تعتبر المولود من واقفا قبل الزواج وافترض بکارتها وكلف بالزواج بها حال حملها منه ، ابنساً
شرعياً له بعد الزواج . وأنظر كذلك المادة ٤٣٢ من لائحة ترتيب محاكم الکرسی البطریرکی
بالاسکندریة للروم الأرثوذكس وتنس علی أن « علاقة الولد الذی هو نیس بولید زواج شرعی
تثبت قبل الأم بالولادة » وقبل الاب بصیرورته ابناً شرعياً بزواج لاحق یقتد بین والديه
الذین أنجباه خلیج الزواج » .

وتحيز المادة ٩٣ من مجموعة الاقباط الأرثوذكس^(١) تصحيح النسب بالزواج اللاحق لمصلحة أولاد توفوا عن ذرية . وفي هذه الحالة تستفيد ذرية أولئك الأولاد من تصحيح نسبهم .

هذا ، ويترب على تصحيح النسب بالزواج اللاحق أن يصير الأولاد كالأولاد الشرعيين تماماً من كل النواحي فيكون لهم من الحقوق وعليهم من الواجبات ، كما لو كانوا مولودين من هذا الزواج^(٢) . وتضيف الإرادة الرسولية إلى ذلك في المادة ١٠٦ أن هذه القاعدة يعمل بها ما لم ينص القانون صراحة على خلافها . وأن المساواة بين الأولاد الذين يصح نسبهم وبين المولودين من الزواج يكون من ناحية الآثار الكنسية .

وعلى ذلك فإن الأولاد الذين يصح نسبهم بالزواج اللاحق يصيرون أعضاء في الأسرة ، تلحق بهم القرابة التي تربط كلا من والديهم بذوى قرياء ويكون لهم قبل والديهم حقوق في المأكل والملبس والعناية والتربية . أى يكون على الوالدين واجب تربيتهن تربية روحية وجسدية على نحو ما بينا من قبل . كما أنهم يرثون والديهم ولا يستطيع هؤلاء حرمانهم من الميراث ، كما يرثون أقارب الوالدين في الحدود المقررة . . . وإلى جانب ذلك ، تقوم بين الأولاد وبين أقارب الوالدين موانع زواج في الدرجات والحدود التي بينها في هذا الصدد من قبل .

(١) وهي تقابل المادة ٣٣٢ فرنسي .

(٢) المادة ٩٤ و ٩٩ من مجموع الاقباط الارثوذكس ، والمادة ٣٣٣ مدني فرنسي وأنظر كذلك المادة ٤٦ من قواعد الاقباط الكاثوليك . ويضيف هذا النص أنه « .. سامل هذه المسألة (أى تخويلهم من الحقوق ما للأولاد الشرعيين) الاولاد الذين يولدون من زواج عقد باطلا بطل أحد الزوجين أو كليهما (الزواج الطق) بشرط أن يعترف بهم عند تصحيح القيد » .

(ب) **الاقرار بالنسب والادعاء به :** — رأينا فيما سبق أن النسب يثبت بالفراش ، كما أنه إذا كان الأولاد غير شرعيين ، فإن نسبهم يثبت بالزواج اللاحق على ولادتهم . وبالإضافة إلى ما سبق فإن النسب يثبت كذلك بالاقرار أى باقرار الشخص بأن شخصاً آخر ابن له . وبشروط لذلك عدة شروط نوجزها فيما يلي ^(١) :

(١) أن يصدر الاقرار من المقر نفسه وهو المراد الاتساب إليه ، لا من شخص آخر غيره ، فلا يصدر الاقرار من ورثته ، وذلك لأن للاقرار طابع شخصي . ويلزم أن يكون هذا المقر رشيداً عاقلاً .

(٢) أن يكون المقر له مجهول النسب . أى لا يكون له والدان معروفان وإلا نسب إليهما . فلو أنه كان معلوم النسب ماصح الاقرار ، وذلك لعدم إمكان ثبوت نسبه من شخصين في وقت واحد .

(٣) يلزم كذلك أن يكون المقر في سن بحيث يولد مثل المقر له مثله ، أى بحيث يمكن أن يكون المقر له ابناً للمقر . فإذا كان هذا الأخير صغيراً لا يتصور أن تحمل منه المرأة ، أو كان المقر له في سن قريبة من سنه ، لا يصح الاقرار . إذا توافرت الشروط السابقة ، ترتب على الاقرار ثبوت نسب المقر له من المقر ، وتبناً لذلك يصير له ما للأبناء من حقوق ، ويلتزم المقر بنفقه وتربيته .

(١) أنظر المادة ٩٥ و ١٠٠ من مجموع الاتفاقيات الأرثوذكس ، وكذلك المسألة ٣٦ من الخلاصة القانونية . وكذلك المادة ١٤٣ من مجموعة **المصريين** ، وهي تنص على أنه « إذا أقر البالغ المائل بنسب لفته ، ما لم يكذبه الحس أو البيئة ، كمن يقول « إن هذا ولدى » ، إلا أنها يكونان متقاربان في العمر ، أو يكون المقر له نسب آخر معروف محقق ، أو يقيم ودفعة المقر له بالبيئة على إبطال الإقرار » .

وقد يحدث أن يدعى شخص على رجل بالأبوة أو على امرأة بالأمومة .
فإذا كان يولد مثله لثل المدعى عليه (رجل أو امرأة) ، وصدقة هذا الأخير ،
ثبتت أبوتها له ، متى كان المدعى مجهول النسب بطبيعة الحال ، أى ليس له
أب معروف أو أم معروفة . وترتب على ذلك أن يصير المدعى كالابن ، له
ما للأبناء من نفقة وحضانة وتربية ، وعليه ما للأبوين من حقوق على
الابناء ^(١) .

وعلى ذلك فإن الإقرار بالنسب أو الادعاء به يجعل الولد في مركز الاولاد
الحقيقيين ، له ما لهم من حقوق ، وعليه ما عليهم من واجبات قبل الوالدين من
كافة الوجوه . والنسب الذى ثبت عن طريق الإقرار نسب صحيح حقيق وإن
لم يعرف طريقه وسببه ، ويكون لمجهول النسب . وهو بخلاف التبني ، كما سنرى
فيما يلي . وإذا ما صدر الاقرار ترتبت عليه آثاره ، ولا يمكن للمقر الرجوع فيه .
كما أن الاقرار وما يترتب عليه من آثار يسرى في مواجهة الكافة . وللإقرار
كما قدمنا طابع شخصي ، ولهذا فإن أثره نسبي ويكون بالنسبة للمقر فقط . فإذا
أقر أحد الوالدين بالبنوة دون الآخر ، لا يكون للإقرار أثره إلا بالنسبة
إليه وحده . « فإقرار الأب بالبنوة دون الأم لا تأثير له إلا على الأب والعكس

(١) المادة ٩٦ و ١٠١ من مجموعي الاتفاقيات الارثوذكس . وتنفي المادة ٣٦ من
الخلاصة القانونية بأنه إذا « أدعى ولد بأبوه شخص ما » ولم يكن المس أو البنت مكذبن
له ، لزمه الاتبات شرطا . ثم بعد إثبات صحة نسب الولد للرجل ، فإذا كان مولودا له من غير
زيجة شرعية فعليه مع أبيه أو وريثته من جهة الاعالة والتربية على ما يراه الرئيس الرومي ،
وإن كان من زيجة شرعية فعليه كأقربائه . وأنظر المادة ١٤٤ صريمان ، وهي بنفس
البيانات الساجدة الواردة في المسألة ٣٦ من الخلاصة .

بالعكس»^(١). كما أنه إذا أقر « أحد الزوجين في أثناء الزواج بينوة ولد غير شرعي رزق به قبل الزواج من شخص آخر غير زوجه ، لا يجوز له أن يضر بهذا الزوج ولا بالأولاد المولودين من ذلك الزوج »^(٢).

وإذا كان يترتب على الإقرار بالنسب أو الادعاء به ، على النحو السابق ، أن يصير المقر له في مركز الأولاد ، فإن هذا قد يضر ببعض الأشخاص كالورثة . ولهذا فقد أحيى لكل ذي شأن أن يتنازع في إقرار الأب أو الأم بالبنوة وفي ادعاء الولد لها^(٣).

هذا ويراعى أن القانون الفرنسي لا يعترف إلا بالإقرار الرسمي ، ويقصد من وراء ذلك التأكد من أن من صدر منه الإقرار كان مختاراً ، كما يقصد

(١) المادة ٩٧ و ١٠٢ من مجموع الأقطاب الأرتودكس ، ويقابلها المادة ٣٣٦ من القانون المدني الفرنسي . ونسبية أثر الإقرار بالنسب معروفة في التشريعات الإسلامية . ففي هذا الشريعة إما أن يكون الإقرار بثبوت النسب من المقر نفسه كإقرار الشخص بأن هذا الولد ابنه ، وإما أن يكون الإقرار بثبوت نسب المقر له من غير المقر ، وذلك كإقرار الشخص بأن فلاناً أخوه . في الحالة الأولى ليس هناك محل للنسب على الغير ، ولذا يثبت النسب من المقر متى توافرت شروطه . وفي الحالة الثانية هناك محل للنسب على الغير ، إذ لكي تثبت الأخوة فإن هذا يقتضى أن يكون المقر له ابناً لوالده المقر أولاً . وهذا الإقرار لا يصلح وحده لثبوت النسب ، بل لابد من أحد أمرين . إما أن يصدقه من محل النسب عليه (وهو الوالد في هذه الحالة) ، أو أن يثبت هذا النسب بالبينة . فإذا لم يكن هذا ولا ذلك لا يثبت النسب ، وإن كان المقر يحاول بإقراره من ناحية الميراث ، فيشاركه وحده في تصيبه دون مناحه الورثة الآخرين . ومن ناحية الحقوق التي ترجع إليه تنسبه كوجوب النفقة عليه متى كان موسراً والمقر له مسيراً (أنظر في هذا : محمد يوسف موسى ، السابق ص ٣٧٢ - ٣٧٧ . عمر جده الله ، السابق ص ١٢٩ وما بعدها . محمد أبو زهر ، السابق ص ٣٩٤ وما بعدها) .

(٢) المادة ٩٨ و ١٠٣ من مجموع الأقطاب الأرتودكس وتقابل المادة ٣٣٧ مدني

فرنسي .

(٣) المادة ١٠٠ و ١٠٥ من مجموع الأقطاب الأرتودكس وتقابل المادة ٣٣٩ مدني

فرنسي .

كذلك إعطاء دليل للاثبات لصالح الولد . ويتم الاقرار أمام موثق الحالة المدنية .
وإذا كان الاقرار ثابتا في شهادة الميلاد ، فانه يستند إليها ، ما لم تكن غير
صحيحة . فإذا لم توجد شهادة الميلاد كان من اللازم أن يتم الاقرار بالنسب
في محضر رسمي مستقل ، وإلا كان باطلا ^(١) .

جـ - اثبات نسب الأولاد غير الشرعيين عن طريق القضاء : يجوز الحكم
بثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين من أبيهم في حالات هي ^(٢) : (١) في
حالة الخطف أو الاغتصاب إذا كان زمن حصولها يرجع إلى زمن الحمل (٢) في
حالة الاغراء بطريق الاحتيال أو باستعمال السلطة أو الوعد بالزواج . (٣) في
حالة ثبوت وجود خطابات أو محررات أخرى صادرة من الأب المدعى عليه .
تضمن اعترافه بالأبوة اعترافا صريحا . (٤) إذا كان الأب المدعى عليه والأُم
قد عاشا معا في مدة الحمل وعاشرا بعضهما بصفة ظاهرة . (٥) إذا كان الاب
المدعى عليه قد قام بتربية الولد والاتفاق عليه أو اشترك في ذلك بصفته والد له .
في الحالات السابقة يجوز الحكم بثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين من
أبيهم . والأمر جوازى للقضاء ، فقد ثبت له من تحليل دم الولد أن فصيلة تتاير
دم الأب . وهذا ما هو مقرر في فرنسا . وعلى أية حال فان القاضي لا يحكم
بأثبات الأبوة في الحالات السابقة إلا إذا ثبت لديه عن طريق البيئة والقرائن
أبوة المدعى عليه ^(٣) .

(١) انظر المسادة ٣٣٤ مدنى فرنسى والمادة ٩٩ و ١٠٤ من مجموعى الأقباط
الأرثوذكس .

(٢) المادة ١٠١ و ١٠٦ من مجموعى الأقباط وتناول المادة ٣٤٠ مدنى فرنسى .

(٣) انظر كولان وكايتان مع جوليو دولاموراندبار ، السابق ، فقرة ١٣٧٧

ومع ذلك فإن دعوى ثبوت الأبوة لا تقبل في الحالات الآتية :

(١) إذا كانت الأم أثناء مدة الحمل مشهورة بسوء السلوك ، أو كانت تتعاطر رجلا آخر .

(٢) إذا كان الأب المدعى عليه في أثناء تلك المدة يستحيل عليه ماديا ، سواء بسبب بعده أو بسبب حادث من الحوادث ، أن يكون والد الطفل^(١) . ولا ترفع دعوى ثبوت الأبوة إلا من الولد ، أو من الأم ؛ إذا كان الولد قاصرا . وترفع الدعوى على الأب المدعى ثبوت النسب منه ؛ كما ترفع على ممثله القانوني أو ورثته . ويسقط حق الولد في رفع الدعوى بعد سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد ، أما حق الأم فيسقط بعد سنتين من تاريخ الوضع^(٢) . ويرتب على الحكم بثبوت الأبوة - بصفة عامة - نفس الآثار التي ترتب على الاقرار بها ، ويكون له أثر رجعي .

دعوى ثبوت الأمومة : ويجوز طلب الحكم بثبوت الأمومة . وعلى الذي يطلب ثبوت نسبه من أمه أن يثبت أنه هو نفس الولد الذي وضعته . وله أن يثبت ذلك بشهادة الشهود^(٣)

(١) والمادة ١٠٢ و ١٠٧ من مجموع الأقطاب الأرثوذكس . وتضيف المادة ٣٤٠ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بقانون ١٥ يوليو ١٩٥٥ إلى الحالتين السابقتين حالة ما إذا أثبت المدعي عليه بتحليل الدم أنه لا يمكن أن يكون والد الطفل . ويبدو من ذلك أن القاضي يلتزم بإتياع رأى الأطباء بالنسبة لنتيجة تحليل الدم إذا كانت هذه النتيجة ترى عدم توافق فصيلة الدم بين الطفل والشخص المراد الانتساب إليه ، المرجع المشار إليه في الملمس السابق ، فقرة ١٣٧٨ .

(٢) المادة ١٠٣ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب وانظر المادة ١٠٨ من مجموعة ١٩٣٨ ونصها ينطبق على مجموعة ١٩٥٥ في هذا الصدد .

(٣) المادة ١٠٤ و ١٠٩ من مجموع الأقطاب ، و ٣٤١ مدني فرنسي .

١٤٧ ٣- التبني: (l'adoption) يعرف التبني بأنه تصرف قانوني ينشئ بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة^(١). وهو يختلف عن ثبوت النسب بالاقرار. فالنسب الذي يثبت بالاقرار نسب صحيح حقيق وإن لم يذكر طريقه وسببه، ويجب للمقر له حقوق الولد الحقيقي كما قدمنا، وهو لا يجوز إلا إذا كان المقر له مجهول النسب، في حين أن التبني يمكن أن يكون فيمن له أبواه معروفان. وهو نظام تعرفه الشريعة المسيحية، كما تعرفه الشرائع الغربية، ولكن الشريعة الإسلامية لا تعترف به^(٢).

وتنظم مجموعة الأقباط الأرثوذكس التبني أخذاً عن القانون الفرنسي، كما تنظمه كذلك بعض الشرائع المالية الأخرى^(٣). وهو يتم إذا توافرت

(١) كولان وكايتان وجوليو دولاموراند بار، السابق فقرة ١٤٤٥. وانظر في شأن التطور في هذا النظام في الدول الأوروبية: رويوس: القانون المدني اليوناني، السابق ص ٢٣٤ - ٢٣٧.

(٢) ولهذا لا يثبت عن طريقه أبوة ولا بنوة ولا تترتب على قيامه أية آثار شرعية أخرى، فلا يثبت التوارث بين المتبني والمتبني، كما لا يؤدي إلى تحريم الزواج بين المتبني وأقاربه بالتبني. وقد جاء القرآن الكريم في ذلك واضحاً حيث قال تعالى: «وما جيل أدياءكم أبناءكم، ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. أتعومونهم لا بأثمهم هو أفسد عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فاعوانكم في الدين ومواليكم». وقد نسخ هذا النص نظام التبني الذي كان مروجاً في الجاهلية.

(٣) انظر المادة ٩٣ وما بعدها من مجموعة الأورمن، والمادة ١٤٥ وما بعدها من مجموعة السريين، والمادتان ٤٢٦ و ٤٢٧ من لائحة ترتيب محاكم الكرسي البطريركي بالاسكندرية للروم الأرثوذكس. وتنس المادة ٤٢٩ على ما يأتي: «التبني أنه يأخذ إنسان أو زوجان متناة ولد - يحتضن حكم من المحكمة (الكنسية) وبأدعية الكنيسة - إنساناً عديم الأهلية أو متناً بالأهلية الكاملة». (وانظر ما جاء في القانون المدني اليوناني بشأن التبني المادة ١٥٦٨ وما بعدها - رويوس، السابق ص ٢٣٤ وما بعدها). وانظر كذلك بالنسبة لكاثوليك المواد ٤٠٠ وما بعدها من مجموعة الأقباط الكاثوليك.

شروط معينة سواء في المتبنى أو في المتبنى . وبصفة عامة هناك شروط موضوعية شكلية ، فتمرض لهذه الشروط ثم نمرض لآثار التبنى .

١٤٧ مكرر : **شروط التبنى : الشروط الموضوعية :** لا يجوز التبنى إلا إذا كانت هناك أسباب تبرره وكانت تعود بفائدة على المتبنى *I'adopté* ويترك للقضاء تقدير هذه الأسباب . وإلى جانب ذلك فإنه يشترط في طرفي التبنى شروط معينة . (١) أما بالنسبة للمتبنى فيراعى أنه يصح أن يكون رجلاً أو امرأة متزوجين أو غير متزوجين ^(١) . ويلزم بالنسبة له وطبقا للقواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس : (١) أن يتجاوز سن الأربعين . (٢) أن يكون المتبنى أكبر من الذى يراد تبنيه بخمس عشر سنة ^(٢) . (٣) ألا يكون له أولاد ولا فروع شرعيين وقت التبنى ^(٣) . (٤) كما يلزم ألا يشترك معه في التبنى شخص آخر ، ما لم يكن التبنى حاصلًا من زوجين . فالشخص الواحد لا يتبناه عديدون . وهذا ما نص عليه لدى الأقباط والأرمن الأرثوذكس .

(١) المادة ١٠٠ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) والمادة ٣٤٤ مدنى فرنسى . ومع ذلك فقد أضاف القانون الفرنسى فى ٨ أغسطس ١٩٤١ المدلل لأحكام المادة ٣٤٤ مدنى فرنسى أنه يصح أن يكون التبنى من زوجين غير متصلين جسانياً بحيث يكون أحدهما على الأقل ٢٥ سنة إذا كانا متزوجين منذ أكثر من عشر سنوات ولم يرزقا بأولاد . (٢) المادة ١٠٧ من مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس و ٣٤٤ فرنسى . وقد أزيل هذا السن فى فرنسا منذ سنة ١٩٣٩ إلى عشر سنوات إذا كان المتبنى ابناً لزوج المتبنى . ويمكن أن تقل المدة كذلك بقرار رئيس الجمهورية .

وعند الألمان يلزم أن يكون المتبنى أكبر من المتبنى بما لا يقل عن عشرين سنة . كما يلزم ألا يقل سن المتبنى عن أربعين سنة ، كما هو الشأن عند الأقباط الأرثوذكس . وما جاء بالنسبة للأقباط هو نفس ما جاءت به قواعد الأقباط الكاثوليك فى المادتين ٥٤ و ٥٥ .

(٣) المادة ١٠٦ مجموعة ١٩٥٥ أقباط ، والمادة ٩٤ لورمن وكذلك المادة ١٤٥ صرياني تستلزم أن يكون عديم الندرية . والمادة ٣٤٤ فرنسى . انظر كذلك : كولانوكايتان وجوليو دولامورانديار ، السابق فقرة ١٤٥٥ . هذا وتضيف المادة ١٠٦ أقباط أرثوذكس (١٩٥٥) أن يكون حسن السمة . كما أنه إذا كان متزوجاً فلا يجوز له التبنى إلا برضاء الزوج الآخر ما لم يكن هذا الأخير غير قادر على إيداء رأيه (مادة ١١١ أقباط أرثوذكس ١٩٥٥) و ٣٤٦ فرنسى . وانظر كذلك م ٩٣ لورمن ، والمادة ٥٦ أقباط كاثوليك .

(ب) أما عن التبنّي . فانه يصح أن يكون ذكراً أو أنثى بالغاً أو قاصراً . فإذا كان متزوجاً لزم الحصول على رضا الزوج الآخر ، ما لم يكن هذا الزوج غير قادراً على إبداء رأيه . وإذا كان قاصراً وكان والده على قيد الحياة ، فلا يجوز التبنّي إلا برضاء الوالدين . فإذا كان أحدهما متوفياً أو غير قادر على إبداء رأيه فيكفي قبول الآخر . وإذا كان قد صدر حكم بالطلاق فيكفي قبول من صدر الحكم لصلحته أو عهد إليه بحضانة الولد منهما . أما إذا كان القاصر قد قدس والديه ، أو كان الوالدان غير قادرين على إبداء رأيهما فيجب الحصول على قبول وليه ، وكذلك يكون الحكم إذا كان القاصر ولداً غير شرعي لما يقر أحد بينوته ، أو توفي والداه أو أصبحا غير قادرين على إبداء رأيهما بعد الإقرار بينوته ^(١) .

الشروط الشكلية : يجب أن يتم العقد في الشكل الرسمي ، بحضور الطرفين . وإذا كان المراد تبنيه قاصراً قام والداه أو وليه مقامه . ثم يرفع الأمر إلى المحكمة للتصديق عليه بعد التحقق من الشروط المطلوبة في هذا الصدد ^(٢) .

(١) المادة ١١٠ أقباط أرثوذكس (١٩٥٥) والمادة ٣٤٧ وما بعدها فرنسي . والمادة ٥٧ و ٥٨ أقباط كاثوليك ولا يختلف حكمها عما ذكر أعلاه ، مع نصها على أنه في حالة وفاة الأب والأم أو استعانة إبداء الرأي من جانبها ، أو إذا كان المتبنّي مجهول النسب لا يتم التبنّي إلا بمقتضى قرار من المجلس الأعلى . وتنص المادة ٩٥ من مجموعة **الأوامر** على أنه « إذا كان المتبنّي قاصراً فلا يجوز التبنّي بغير رضا والديه أو أحدهما إذا كان الآخر متوفياً . فإذا كان الوالدان مجهولين أو متوفيين يكفي برضاء الرئيس الديني » .

أما مجموعة **السرياني** فتستلزم بالنسبة لولد المتبنّي أن يكون مجهول النسب (م ١٤٥)

(٢) انظر المادتين ١١٢ و ١١٣ (مجموعة ١٩٥٥) أقباط أرثوذكس والمادة ٩٦ من مجموعة **الأوامر** وهي تقضي بأنه « ثبت التبنّي بمجرد تسجيله في البطيرية . ويكون موقفاً عليه من الكاهن الممين لذلك من وزارة العدل والتأم بسل موقف العقود ، ومن المتبنّي ومن المتبنّي إذا كان بالغاً ، وعن يلزم الحصول على رضائهم بذلك التبنّي ، حسب المادة السابقة ، ومن =

١٤٧ مكره (١) اللو التبنى . إذا ما تم التبنى مستوفيا للشروط السابقة فإنه تترتب عليه آثاره . وقد سبق لنا أن رأينا أنه يترتب على التبنى قيام مانع من الزواج بين المتبنى وأقاربه بالتبني ، وذلك لدى بعض الطوائف المسيحية ^(١) . وإلى جانب ذلك يترتب على التبنى من الآثار ما يلي :

(١) يخول التبنى الحق للمتبنى أن يلقب نفسه بلقب من تنبأه وذلك بإضافة اللقب إلى اسمه الاصلى (٢) يكون للمتبنى وحده حق تأديب المتبنى وتربيته وحق الموافقة على زواجه إن كان قاصراً (٣) وجوب النفقة للفقير من الطرفين على الآخر . هذه هي الآثار التي تترتب على التبنى .

ولما كان التبنى رباطاً صناعياً ينشئ أبوة وبنوة مصطنعة فإنه لا تترتب عليه كافة الآثار التي تترتب على البنوة الأصلية . ولهذا لا يتوارث الطرفان ، ما لم يكن

= شامدين » . وتستلزم المادة ١٤٥ سريان أن يشهد المتبنى على نفسه بالتبني ويثبت في سجل رعايته الدينية ، وانظر كذلك المادة ٤٢٧ من لائحة ترتيب محاكم الكرس البطريك للروم الأرثوذكس والتي تستلزم أن يطلب التبنى بمرضة يوقعها الزوجان طالباً التبنى وأقارب أوصياء المتبنى نفسه إذا كان قادراً على التوقيع ، والمادة ٥٩ أقباط كاثوليك وهي تستلزم أن يتم التبنى بأشهار رسمي ... وانظر كذلك المادة ٣٥٨ مدني فرنسي وما بعدها ، وكذلك كولان وكايتان وجوليو دولامورا نديز ، الساجي فقره ١٤٥٩ وما بعدها .

هذا وقد جاء في الكتات الرابع من قانون المرافعات الخاص بالاجراءات المتخلطة بمسائل الأحوال الشخصية في المادة ٩١١ وما بعدها بيان للاجراءات التي تتبع في حالة التبنى ، ومن المفيد الرجوع إلى أحكامها في هذا الصدد .

وتنفي المادة ٩١١ بأن يثبت التبنى بحضور محضر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحدهما . ويدون في هذا المحضر إقرارات الطرفين بعد التحقيق من توفر الشروط المطلوبة . وتنفي المادة ٩١٣ بأن يقدم محضر التبنى للمحكمة لتصادق عليه . وتستلزم المادة ٩١٦ نشر ملخص الحكم القاضي بالتصديق . ونرى أنه يجب الأخذ بتلك الأحكام بالنسبة لحالات التبنى لدى غير المسلمين .

(١) انظر ما سبق ، فقره ١٣١ ص ٥٥٩ وما بعدها

ذلك عن طريق الوصية لان تحديد الورثة أمر يرجع فيه إلى الشريعة الاسلامية ،
وهي لا تعترف بالتبني كما قدمنا . كما يراعى كذلك أن التبني لا يترتب عليه
إخراج المتبني من عائلته الاصلية ولا يحرمه من حقوقه فيها . ويظل المتبني ملتزماً
بنفقة والديه الأصليين ، وان كان والده لا يلتزمان بنفقته إلا إذا لم يمكنه
الحصول عليها من المتبني ^(١) .

(١) انظر في كل هذا المادة ١١٤ وما بعدها إقباط ارنود كس (١٩٥٥) وما يقابلها
من مجموعة ١٩٢٨ وفي القانون الفرنسي . وانظر كذلك : كولان — وكايتان وجوليوي
دولامورانديار ، السابق فقره ١٤٦٤ وما بعدها . وانظر كذلك المسألة ٣٧ من الخلاصة
القانونية .

وكذلك المادة ١٤ من مجموعة **السرمان** ، وهي تجبل المتبني قريباً للمتبني قراءة وضعية ،
وتنزل الأخير بأعائه ورعايته بحسب ما يمكنه وطبقاً لما قرره في محل شريته عند التبني . كما يلزم
الأولاد بالتبني بالطاعة لمن تنسأهم كالنزام الأولاد لوالديهم . أما **الأوهن** فانهم لذا كانوا
يحملون للمتبني ما قولد الشرعي من الحقوق ، فانهم يقررون أنه لا يرث في أموال أقارب
المتبني ، كما يحتفظ بكل حقوقه التي يستند بها من أسرته الطبيعية (انظر المواد ٩٧ - ٩٩)
وانظر كذلك المادة ٦٠ و ٦١ من قواعد **الألقاب الكاثوليكية** وهذه القواعد تجبل للمتبني
حقوق الأولاد الصليين ، وتجبل له الميراث منهم . كما تضع هذه القواعد حكماً خاصاً باسترداد
الأموال التي وصلت إلى المتبني إذا توفي . فاذا توفي من عقب كان للمتبني وفروعه من بعده أن
يستردوا من تركه المتبني الأموال التي وصلت إليه من المتبني أو من تركه . وإذا توفي من عقب
حال حياة المتبني ثم انقضى عقبه كان حق استرداد الأموال المذكورة للمتبني وعنده دون
فروعه .

المبحث الثاني

آثار الزواج

في الشريعة اليهودية

١٤٧ مكرر (٢) - تمهيد : رأينا أنه إذا قام الزواج صحيحاً ، فإن القانون يتكفل بتحديد الآثار التي تترتب عليه ، باعتبار أن الزواج يختلف عن العقود العادية في هذا الصدد ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة المسيحية على نحو ما قدمنا . ولكن الزواج في الشريعة اليهودية يختلف عن الشريعة المسيحية من حيث خصائصه ومميزاته الجوهرية في أنه يجوز أن يمدد الرجل زواجه ، كما أنه قابل للانحلال بالطلاق أو التطلق .

وإذا قام الزواج ترتبت عليه آثاره ، ونعرض من بين هذه الآثار لآثاره حال قيامه سواء بين الزوجين أم بالنسبة للأولاد ، مرجئين الكلام عن الآثار التي تترتب على انقضائه لما بعد الكلام في انقضاء الرابطة الزوجية ، كما فعلنا في دراستنا لآثار الزواج في الشريعة المسيحية .

الفرع الأول

أولاً : الآثار المالية

١٤٧ مكرر (٣) - تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين : يقتضى تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين أن نعرض لمدى استقلال المرأة بحقوقها عن الرجل ثم لأحكام المهر والبانة (الدوطة) ، كما فعلنا بالنسبة لدراسة أحكام الشريعة المسيحية .

١ - مدى استقلال الزوجين بحقوقهما المالية : رأينا أنه لا يترتب على الزواج في الشريعة المسيحية اختلاط الأموال وإنما يظل لكل من الزوجين

ملكية أمواله . ولكن الشريعة اليهودية لا تقضى بهذا الحكم بصفة عامة ، وإنما يفرق بين القرائين والربانيين .

أما بالنسبة للقرائين فإن أحكامهم تكاد تطابق الشريعة المسيحية . إذ لا يترتب على الزواج قصص أهلية المرأة بالنسبة للتصرف في أموالها ، بل لها أن تصرف في أموالها دون إذن زوجها ، وإذا ورثت الزوجة مالا ، فلا حق له فيه ما لم تأذن ، ولها رسم الطريقة ، وذلك خلافا لجهازها فإن له أن يتنفع به . على أنه إن كان زوجها نهما أو سكيرا أو متلافا أو مضياعا ، جاز لها منعه . ومع ذلك فإن للزوج أن « يستفيد من كديدها^(١) » . وهذا كله حال حياة الزوجة .

ويختلف الربانيون في ذلك عن القرائين . فتندهم تمنع المرأة من التصرف في أموالها بلا إذن زوجها أى أنها ليست حرة التصرف فيها^(٢) . وأموال المرأة نوعان : ما قبضه الرجل ، وهو المعروف باللوطة ، وما لم يقبضه وإنما هو يتنفع به (م ٨٦) . ذلك أن للزوج الاتقاع بأموال زوجته ، سواء قبضها أو لم يقبضها . وتمتد سلطته إلى أموال الزوجة سواء كانت تحت يدها أو ما تكسبه ، أو ما تجده . وحق الرجل فيما تكسبه الزوجة أو ما تجده لقية مشروط بأن

(١) شار الحضر ص ١١٦ .

(٢) أنظر المادة ٨٥ من ابن شمعون . ومع ذلك فإن للزوجة أن تهب أو تبيع كل أو بعض ما لها من الحقوق في العقد ، إلا أن هذا التصرف دون إذن الزوج لا ينفذ في حق الزوج الذي له الاتقاع بأموال الزوج ، ولا ينفذ إلا بعد الطلاق أو وفاة الزوج ، إذ في هذه الحالة « يؤول الحق الموهوب أو المبيع إلى الموهوب له أو المشتري » (أنظر المادة ١٤٧) . على أنه يصح أن تكون الهبة أو البيع للزوج ، وفي هذه الحالة « يجب فوراً تجديد عقد الزواج بقيمة المهر ، متى كانت الهبة أو البيع ، لا في بعض الحقوق » بل فيها جميعا (م ١٤٨) ، على أن يراعى أن تنازل المرأة عن حقوقها التي لها في العقد يطل ، إذا كان نتيجة تدليس أو إكراه (م ١٤٩) .

يقوم لها بما عليه من الواجبات^(١). على أنه إذا كانت المرأة لا تستطيع التصرفه في أموالها ، وأن له الحق على هذه الأموال طبقا لما يتنا ، فانه من ناحية أخرى لا يكون له أن يتصرف في شيء من مال زوجته بنير إذنها (م ١٤٣) .

٢ - **الله :** سبق لنا الكلام عن المهر في الشريعة اليهودية باعتبارها .
شرطا جوهريا للزواج . والمهر حق للزوجة يلتزم به الرجل في العقد ، وهو يلتزم به ، حتى ولو لم يأخذ شيئا من المرأة . ويجب أن يذكر في العقد^(٢) .
ويستحق للمرأة من حين العقد ، حتى ولو لم يدخل الرجل عليها ، طالما لم يكن هناك مانع من الوطء . بل إنه يحرم الدخول بها قبل قبضها المقدم^(٣) .

وإذا كان المهر حقا للمرأة ، فانه ليس لها النزول عنه ، وذلك تقاديا من أن تضع نفسها موضع غير الزوجة الشرعية^(٤) . ولما كان المهر يتفق عليه عند العقد ، وكان لا بد من تحديده ولو « بارة » كما يقولون ، فانه يبدو أن هذا التحديد غير ملازم من حيث الحد الأقصى ، إذا تصحح الزيادة فيه . وتنص المادة .

(١) تنص المادة ٧٥ من ابن شمعون على أن « للرجل الحق فيما تكسبه زوجته من كدها » وفيما تجده لبقية « وفي مرة مالها ، وإذا توفيت ورثها » . و« كد المرأة كناية من اشتغالها بما يشتغلن به نسوة البلد عادة . فإثريجه من كدها هو من حق الرجل » ما دام قائما لها بما عليه من الواجبات (م ٧٦) . و « إذا عثرت الزوجة بلبقية فهي حق زوجها » ما دام قائما بما عليه من الواجبات (م ٨٣) . ولا يستحق الرجل البقية إذا صادف الشور عليها . طلاقا فاسد (م ٨٤) .

(٢) أنظر المادة ٩٨ و ١٠٦ من ابن شمعون ، وكذلك ص ٦٨ من شمار الحضر .

(٣) أنظر المادة ١٠٢ من ابن شمعون و ص ٦٧ و ٦٨ من شمار الحضر .

(٤) وهذا الحكم لدى القرائين (أنظر ص ٦٧ شمار) وهو ما يفهم لدى الربانيين . كذلك من نص المادتين ١٤٧ و ١٤٨ من ابن شمعون ، (أنظر : جيل الصرقاوى ، السابق) ١٩٦٠/٥٩ ص ٢٢٥ هامش ٤) .

١٤٤ من ابن شمعون على أنه « يصح أن يزيد الرجل بعد الزواج ما شاء على ما لزوجته في القصد من الحقوق » .

٣ - البائنة : (الدوطة) : هي الأموال التي تعطىها الزوجة لزوجها ، وهي من أموال الزوجة . ولا يكون له أن يتصرف فيها بنير إذنها ، وإن كان له أن ينتفع بها . وتنص القواعد الخاصة بالباينين على أن « ما يأخذه الزوج من الزوجة يشترطها عليه مضاعفاً أو نصف مضاعف حسب عرف البلد » (م ١٠٠) . والواقع أن الكلام عن أحكام الدوطة في الشريعة إنما يثار بصفة أساسية عند انقضاء الرابطة الزوجية ، على ما سنبين فيما يلي .

ثانياً : الحقوق المشتركة بين الزوجين

١٤٧ مكرور (٤) - **تعديدها** : إذا نشأت العلاقة الزوجية صحيحة ترتبت عليها آثارها فيما بين الزوجين ، وقامت بينهما حقوق وواجبات متبادلة . ويمكننا أن نحدد هذه الحقوق والواجبات المتبادلة ، كما فعلنا بالنسبة للمسيحيين في طائفتين ، نعرض في الطائفة الأولى لحسن المعاشرة ، وما ينطوي تحته من واجب المعاونة والمساعدة بين الزوجين ، وفي الثانية نعرض للالتزام بالمعيشة المشتركة ، وما ينطوي تحته من واجب المساكنة ، ثم ما يقتضيه هذا الالتزام من حق المخالطة الجسدية ، وما يتصل بهذا الأخير من ضرورة الأمانة والإخلاص بين الزوجين .

١٤٧ مكرور (٥) - **حسن المعاشرة - للمعاونة والمساعدة** : هذا الالتزام يفرضه طبيعة العلاقة بين الزوجين ، إذ بالزواج متحد النفوس ، وسعاون الطرفان عن طريق المساهمة في انجاز الحياة الزوجية . ولهذا يجب على كل منهما أن يحسن

معاشرة الآخر ، ومعامله بالحسنى ، ولا يتعدى عليه ، بل عليه محبة واحترامه^(١). وهذا الواجب متبادل بين الزوجين . ولما كان حسن المعاشرة أمراً تفرضه طبيعة الزواج والغاية منه ، فإنه يجب الأخذ به لدى كل من القرائين والربانيين .

ويتقضى حسن المعاشرة أن يقوم كل من الزوجين بواجبه نحو الآخر في المعاونة والمساعدة . وهذا الالتزام له جانب مادي وجانب معنوي . ولعل أهم ما يعرض بالنسبة للجانب المادي منه هو الالتزام بالنفقة ، وهي واجبة على الزوج ، كما سنرى فيما يلى . وفيما عدا ذلك فإنه يقع على عاتق كل من الزوجين واجب المعاونة نحو الآخر بقدر استطاعته .

ويقع على عاتق الزوجة ، إذا كانت فقيرة هي وزوجها ، أن تقوم بنفسها بخدمة البيت ، كما تقوم بارضاع أولادها^(٢) ، بل إن الشريعة اليهودية - بصفة عامة -

(١) وتنص المادة ١٤٦ من ابن شمعون بمنع ضرب الرجل لامرأته ، حتى ولو كان ذلك من أجل تأديبها ، ولكن عليه أن يحبها ويعتزمها . وإذا اعتاد ضرب زوجته جاز لإجابة طلبها الطلاق (م ٢١٦) ، بل قد يكون الطلاق واجباً إذا حلته الفرع ألا يسود غش وصاد (م ٢١٧) . ما إذا كان للضرب باعث شرعي من جهة الزوجة فلا يصح لها طلب الطلاق (م ٢١٨) . وجاء في شمار الحضر (ص ١١٥) : « كذلك أوصوا بحبها كنفسه وتوقيرها جده . وإذا كان في سعة من الرزق زاد لها من الثياب الفاخرة . وأن لا يغلظ لها القول ، بل ينصح وينبه بالحسنى . وإذا أثقلت أو نجست آية أو شيئاً من المأكّل من غير قصد فلا يؤلم إحساسها . وأن لا يعتنمها من الاعارة والاستشارة بينها وبين الجيران ضرورة حسن الماملة . وأن لا يمنمها عن أقرانها ما لم يكن لموجب ولكن له منهم عن داره » . وتنص المادة ٢٢٠ من ابن شمعون بأنه « إذا تكرّر من الزوجة شتم زوجها ونجست وأثرت ، فإن عادت سقطت حقوقها »

(٢) أنظر المادة ٧٨ من ابن شمعون . أما إذا كان الرجل موسراً أو كانت الزوجة دخلت له بمال غير سائر فلا يلزمها القيام بخدمة البيت إلا بقدر ما يتنبى (م ٧٧) . فإذا كانا فقيرين التزمّت بخدمة البيت وبالرضاع .

توجب على « الزوجة خدمة زوجها بشخصها خدمة لا يمينها بها ^(١) » .

كما يقتضى الالتزام بالمساعدة أن يعين كل من الزوجين صاحبه فى السراء والضراء . وتصور الحاجة بصفة خاصة إلى القيام بهذا الالتزام نحو الزوج الآخر فى أوقات الشدة ^(٢) ، وعند المرض . وتوجب الشريعة اليهودية على المرأة أن تمنى بزوجها فى مرضه ، فلا يسوغ لها أن تطلب الطلاق ^(٣) ، ما لم تكن هناك خطورة على حياتها معه ^(٤) .

كما توجب الشريعة اليهودية كذلك على الرجل أن يعالج زوجته إذا إذا مرضت ، وأن يقوم بالاتفاق على علاجها ، بل إنه ليس له طلاقها إذا

= ولهذا إذا نفرت المرأة ألا تعرض فنفرتها لقولا قيمة له (المادة ٨٠) وانظر كذلك للمادتين ٨١ و ٨٢ من ابن شمعون (. ويرامى أنه إذا ادعت المرأة ميسرة الرجل ، وهو ادعى الفقر فليطأ البيئة (م ٧٩) .

(١) م ٧٤ من ابن شمعون . بل إن الرجل أيضاً حتى فى حملها عنده ولو لم يكن محتاجاً وذلك قياساً على حقه فيما تكسبه من كدها (أنظر المادة ٧٥ من ابن شمعون - وجيل الشراوى ص ٣٠٩) .

(٢) ولهذا إذا أضر الرجل ، وكان على المرأة أن تصبر حتى يوسر « فتنظره إلى ميسرة (م ٣٠٥ من ابن شمعون) .

(٣) وتنص المادة ٢٠٣ بالنسبة للربانيين على أنه « إذا طرأ على الرجل بد الزوج عيب أو طاعة ، فلا يسوغ هذا للمرأة طلب طلاقه . » . كما جاء بالنسبة للقرائين أنه « إذا مرضه (الرجل) خدمته جدها »

(٤) كما إذا كان المرض مدياً يعرض حياتها منه للخطر . وتنص المادة ٢٠٤ للربانيين على أنه « إذا كان الطارىء برماً أو مرضاً مدياً ، كلف الرجل بالطلاق » . بل إنه يلزم بالطلاق فى هذه الحالة ولو رضيت المرأة بمعاشرته « ما لم تمتد شرطاً أنها لا تختلج به » . كما يجب الطلاق أيضاً إذا كان المرض صرعاً فى أحد الزوجين (م ٢٠٥) .

كان المرض الذى أصابها هو الجنون^(١).

١٤٧ مكره - (٦) للمعيشة المشتركة - الالتزام بالسكينة وما يتصل به :
يقع على كل من الزوجين التزام نحو الآخر بالمعيش معه ومساكنته ، وهو
الالتزام تقتضيه طبيعة الزواج والفرص منه . فالزوجة ملزمة بمساكنة الرجل ،
وهو ملزم بقبولها فى منزل الزوجية . ولا تختلف طبيعة هذا الالتزام عما قدمنا
فى شأنه بالنسبة للشريعة المسيحية ، وقد نص عليه بالنسبة لليهود جميعا من
ربانيين وقرائين^(٢).

ويبدو أن اختيار المسكن للزوج ، فى الأصل ، كما هو الشأن بالنسبة
للشريعة المسيحية ، لأنه « يسودها » ، وأن « عليها توقيره كما يوقر السيد
والملك » . كما أنه إذا « شاء التقلد إلى غير المكان لعدم ملائمة السكان ، فليس

(١) وهذا الحكم لدى الربانيين والقرائين . وتبقى المادة ١٣١ من ابن شمعون بأن
« على الزوج أن يتفق على علاج زوجته إذا مرضت فإذا أزم من مرضها غيرها بين أخذ حقوقها
لتتفق على نفسها وبين الطلاق ، ولكنه تخيير بمقوت » . وهذا هو نفس ما جاء فى شمار الحضر
ص ١١٤ ، وهم يقولون بعلاجها حتى تتفق . و « إذا جنت المرأة فلا يمنع هذا من الاتفاق
عليها . وعلى الرجل أن يعالجها : وإذا شاء التزوج بأخرى جاز لسلطة الدرعية إجابة طلبه »
(م ١٣٢) . كما نص فى موضع آخر على أنه « لا يجوز طلاق المجنونة قبل شفائها ، وإنما
لرجل أن يتزوج عليها بحيث لا يضر هذا بموتها وعلاجها » (م ٢٢٢ من ابن شمعون) .

(٢) والصوموس لدى الربانيين متصددة « كما سترى . وعند القرائين يفهم الالتزام
بالمعيشة المشتركة مما نص عليه من أنها « إذا تزلزلت أو طلقت ولا ذرية لها رجعت الى بيت
أبيها . » (ص ١١٢ شمار) أنها تعيش فى منزل زوجها . ويفهم هذا الالتزام كذلك مما
نص عليه من أنه ليس للزوج أن يمنحها عن أقرابائها . . . ص ١١٥ و ١١٦ . وهذا معنى أنها
تكون فى منزل الزوجية . كما نص على أنه « إذا تزوج فى غير بلده » فله أخذها معه . . .
كما أن له التقلد من بيت الى آخر . » (ص ١٢١ شمار الحضر) .

لها منعه ولو كان البيت لها^(١) .

إنما يجب أن تتوفر في المسكن الذي تلتزم الزوجة بالإقامة فيه مع زوجها شروط المسكن الشرعي ، فيجب أن يكون مناسباً للإقامة^(٢) ، بين جيران صالحين^(٣) . وبدوا أنه لا يلزم أن يكون المنزل مستقلاً — في الأصل — كما هو الشأن بالنسبة للمسيحيين . فقد يسكن معها أهل الزوج . لكن إذا اضطهدوها ، وكرهت أن تقيم معهم ، وطلبت مسكناً خاصاً لها ، أُجبت إلى طلبها^(٤) .

(١) انظر شمار الحضر ص ١١٥ و ص ١١٦ . كما أنه إذا اختلفت جهة إقامة الزوجين ولم ينس في العقد على جهة منها اتبعت جهة الزوج ، وليس للزوجة أن توقف . . . (م ١٩٢ من ابن شمعون) ، مما يعني تفضيله من حيث المسكن الذي يده وأن على الزوجة أن يتبعه فيه .

(٢) وتنص المادة ١٩٣ من ابن شمعون على أنه « إذا اتحدت جهة الإقامة ، فليس للرجل إكراه زوجته على السفر معه » ، وإنما يجوز الانتقال في ذات الجهة من مدينة إلى مدينة ، أو من قرية إلى قرية ، بحيث يكون الموطن المراد الانتقال إليه لا أهل جوده من الأول ، ولا أهل يهوداً . « فإذا كانت الجهة المراد الانتقال إليها غير موافقة ، كان للسلطة الشرعية منع الرجل من السفر حتى يطلق زوجته » ، وذلك مما كان اضطرار الزوج إلى الانتقال . ولهذا السلطة النظر والفصل فيما إذا كان الانتقال لسبب تمذر المبيتة في الجهة الأولى (م ١٩٤ و ١٩٥) . وانظر كذلك شمار الحضر ص ١١٧ والهامش .

(٣) فإذا لم يكن الجيران صالحين ، وتأذى الزوج منهم ، كان له نقل مسكنه ، حتى ولو كان ملكاً لزوجته . بل إن للزوجة نفسها هذا الحق في هذه الصورة (انظر م ٢٠٢ من ابن شمعون وانظر كذلك ص ١١٦ شمار الحضر . وتقضى الشرعة اليهودية بوجود تغير المسكن « إذا تمذر معرفة أى الاثنين السبب للكدر لمة ألا جيران يشهدون » (م ٢١٩ من ابن شمعون) . (٤) انظر م ١٩٦ من ابن شمعون . لكن إذا تمذر ثبوت الاضطهاد — لمة أن لا جيران — وجب اتخاذ مسكن آخر غير منفرد . وإذا لم يكن هناك اضطهاد ، وأصرت الزوجة على الاستقلال عدت كارهة شرعاً ، ولا يكون لها غير ما هو موجود مما دخلت به ، ولا حق لها فيها اشتراك لها من ماله أو أهدها إليها (انظر المادتين ١٩٧ و ١٩٨) .

والزوجة أن تمنع بجي أهل الزوج إلى مسكنه إذا سبب هذا الجي تمكيد صفوها . ومن ناحية أخرى ليس للرجل منع أبوى زوجته عنها وقت مرضها ، ووضها (م ١٩٩ - ٢٠٠ من ابن شمعون) .

كما يلزم أن يكون المسكن الذى يعدة الزوج مؤثماً بما يناسب وحال الزوج ؛ بحيث يكون صالحاً للإقامة فيه ، وإلا لا يعتبر مسكناً شرعياً ، وبالتالي إذا امتمت الزوجة عن الإقامة فيه لاتمد ناشراً . وهذا ما أقره القضاء ^(١) .

إذا وجد المسكن الشرعى وتوافرت فيه الشروط ، ألزمت الزوجة بالإقامة فيه مع زوجها ، أما إذا لم تتوافر شروطه وتركته الزوجة ، فلا تمد ناشراً ، كما لا تمد ناشراً كذلك إذا تركت منزل الزوجية بمبرر ، كما إذا تركته للشقاق بينها وبين الزوج ، وكان هو المتسبب فيه ، أو تركته هرباً من الضرب ، وفى هذه الحالة تسقط نفقتها ^(٢) . وإذا كان على الزوجة أن تنقل مع زوجها وتتبعه طبقاً لما تقضى أحكام الشريعة اليهودية ، فإنها تعد ناشراً وتسقط حقوقها قبل الزوج ^(٣) . كما يكون له أن يطلب إدخالها فى طاعته ، كما سنرى .

هذا وعلى الزوج أيضاً أن يساكن زوجته ، وإذا ما أخل بالتزامه ، كان عليه الاتفاق عليها . كما يكون للزوجة منعه من السفر إذا كان ذلك إلى

(١) أنظر حكم استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ قضية رقم ٣١٢ س ٧٣ ق ، خفاجى وراجح ص ٤٦ .

(٢) وتنس المادة ١١٩ من ابن شمعون على أنه « إذا قام شقاق بين الزوجين ، وكان الرجل السب فيه ، واضطرت المرأة أن تترك بيته واستدانت لتتفق لزمة الدين » . كما تنص المادة ٢٢٢ على أنه « إذا تركت الزوجة المنزل هرباً من الضرب واضطرت أن تستدين لتتفق لزمة زوجها الدين » . أما « إذا اضطرت المرأة أن تبعد من منزل زوجها لسوء ما يتقوله عنها الجيران ، ولم تطلب نفقة » عد سكوتها تركاً وتنازلاً بقدر ما يغوث من الزمن (م ١١٨) .

(٣) فسقط نفقتها ، كما يسقط حقها فى المهر ومؤيل الصداق . وإذا حكم بالطلاق فإنه يقضى به « بلا حقوق للمرأة » (أنظر المادتين ٣٤٦ و ١٩٢ من ابن شمعون) . وهذا هو الحكم لدى القرائين كذلك ، إذا لم تحتل المرأة ، كان للزوج طلاقها بلا حقوق (ص ١١٧ شمار الحضر) ، ما لم يكن هناك نعت (ص ١١٧ هامش ٢) .

جهة بعيدة^(١) . والسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته »
إذا كانت الجهة المراد الانتقال إليها غير موافقة ، مهما تكن اضطرابه .
(م ١٩٤) .

ما تقتضيه المساكنة من الالتزام بالمخالطة الجسدية : والالتزام بالمعيشة
المشتركة ، والمساكنة يقتضى أن يخول كل من الزوجين للأخر حقاً على جسده -
وهذا الالتزام مشترك بين الطرفين تقتضيه طبيعة الزواج وغاياته ، وهو لهذا
يقوم لدى القرائين ولدى الرابانيين .

فن ناحية الرجل ، يجب عليه لزوجه حق مباشرتها ، بما يتفق وقوته ،
وصحته ، وعمله . فليس له أن يمنع هذا الواجب عنها ، ما لم يكن لذلك موجب
من مرض أو نحوه . فإذا قصد من وراء ذلك تعذيبها عد ظالماً مخالفاً للشرع ،
واعتبر كرهاً ، ولزمه طلاقها مع أداء حقوقها^(٢) .

(١) أنظر المادة ١٢٩ من ابن شمعون . كما أنه « ليس للرجل أن يسافر براً أو بحراً
بلا إذن زوجته » (م ١٤٢) وهذا هو الحكم عند القرائين . فلزوجة إثم زوجها على
المساكنة إذا جاء في شمار الحضر ص ١١٩ أنه « إذا طلبت منع زوجها من الهجرة لما في ذلك
من حرمانها منه ، ففشرع إجابة طلبها . . . اللهم إلا إن كانت هجرته لعل السكتاب ، فانه
يباح للعلماء ما لا يباح لغيرهم ، ولو كان في الإباحة ما فيها من حرمان الزوجة أو الإقلال ، فاذ
أولى العلم يحقون من غيرهم » .

(٢) أنظر المواد ١٠٦ و ١٢٤ و ١٢٥ و ٢١٤ من ابن شمعون . وتجب الزوجة
إلى طلبها التطليق « إنما لها « أن تمنعوا اكتفاء بمولودين ذكر وأشي » (م ١٢٦) . وإذا
كان المنع بسبب المرض صبرت إسرأته ستة أشهر ، فإذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل
الصدائق . إذا كان المرض يرجى شفاؤه « كان للسلطة الشرعية مد المدة (م ١٢٧ و ١٢٨) .
وهذا هو الحكم لدى القرائين كذلك : إذ على الزوج إحسان زوجته ، فلا يقلل من عادته ،
وذلك بحسب مقدرته وقوته ، ولا يعرض عنها تصدأ ، وفشرع تنوعه عن الإعراض ، وإذا
طلبت المرأة الطلاق ألزمه به . وكذلك إذا كان عنيماً أو مريضاً ومنعه المرض عنها ستة أشهر .
وعليه كل ما لها في ذمته ، ما لم تنف (أى ما لم تنف عن طلب الطلاق تنفناً وتأديباً) .
ويضيف القرامون أنه إذا تزوج بأخرى ، فلا ينبغي أن يقبل على الثانية ويعرض عن الأولى .
بل يبدل ، وبحسب مقدرته بطبيعة الحال (أنظر ص ١١٢ - ١١٣ من شمار الحضر) .

ومن ناحية المرأة ، فانه ليس لها أن تمتنع نفسها عن زوجها بغير عذر شرعى ، وإلا عرضت حقوقها للضياع ^(١) ، وهذا بطبيعة الحال ، ما لم يكن تلامتها عذر مشروع ^(٢) .

ما يقتضيه الالتزام بالمخالطة من واجب الاخلاص والامانة : وإذا كان لكل من الزوجين حق جسد على الآخر ، فان هذا الحق قاصر عليه وحده . ولهذا يتمتع على الرجل الاتصال بغير زوجته . كما يتمتع على هي الأخرى عن الاتصال بغيره . وتتوسع الشريعة فى مدلول هذا الواجب . فلا تقصره فقط على حالة الزنا . بل تدخل فى الاعتبار أموراً أخرى قد تستوجب الطلاق كذلك . وفى هذا يتفق القراءون والربانيون .

فندم أن الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأدب أو إذا زنت . تسقط حقوقها ^(٣) .

(١) مادة ٩٧ من ابن شمعون . فإذا تمتع نفسها عن زوجها لكرهتها إياه ، فليس لها غير ما هو موجود مما دخلت به ، ولا حق لها فيما اشتراه لها من ماله أو أهدها إليها . وإذا كان امتناعها لمخاصته ومناعته إياها ، أنذرهما الفرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات هى كل أسبوع مرة ، فإذا بقيت على امتناعها ، وأبت الطلاق انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة ، فإذا مضت بلا ثمرة ، يؤمر بالطلاق ، وليس لها إلا ما هو فى حيازتها مما دخلت به (م ١٦٩ و ١٧٠ — أنظر كذلك م ١٧١ و ١٧٢) .

وهذا الحكم يؤخذ به لدى القرائين كذلك ، فعلى الزوجة تلبية زوجها كلما دعاها ، ما لم يكن هناك عذر شرعى ، وإلا فهو ناشز (موريت) . ومتى تمت نشوزها شرعاً جاز طلاقها بلا حقوق ، عدا ما يكون موجوداً لها من الجهاز (م ١٩٥ شار) وانظر كذلك بالنسبة للمخاصمتين بينها حول اعتزاله إياها وامتناعها عنه ، وحقوقها فى هذه الحالة (م ١١٧-١١٨) .

(٢) كالميليش ، أو ما لم يكن الوقت من الأوقات المقدسة المنوع العمل بها شرعاً (شمار الحفر ص ١١٥)

(٣) وهى تمد مخالفة للشرع إذا ارتفعت أو أطمعت زوجها بغير علمه شيئاً محرماً شرعاً =

وكذلك تعد المرأة أنها أخلت بالتزامها بالاخلاص إذا اختلت بالنير^(١).
وإذا أخل الزوج بواجب الأمانة والاخلاص ، كان للزوجة أن تطلب
الطلاق . ولكن شريعة الرابانيين تستلزم لامكان المرأة طلب الطلاق أن يعتاد
الرجل على الزنا^(٢) . أما شريعة القرائين فانها تجعل للمرأة طلب الطلاق مقبولاً
كان له مسوغ . ولهذا يجوز لها أن تطلب الطلاق إذا ارتكب زوجها الزنا^(٣) -

ثالثاً : حقوق الزوجة على زوجها - النفقة الزوجية

١٤٧ مكرر (٧) وجوب النفقة على الزوج - أحكامها : يلتزم الزوج بالانفاق
على زوجته في الشريعة اليهودية . فلا تلزم الزوجة بالانفاق على زوجها^(٤) ،

= أو تمكنت الطئ حيث يجب عليها الإخبار ، أو هددت زوجها بالأذى (م ١٧٨ من ابن
شمعون - وانظر كذلك شمار الحضر ص ١٢٠ ، وانظر كذلك ص ١٢١) .
وتعد الزوجة مخالفة للأدب إذا خرجت من البقايا والاحتشام ، أو تمتد على زوجها أو أبويه
بالسب أو الشتم (م ١٧٩ ابن شمعون وانظر كذلك م ١٨٠ ، وكذلك ص ١٢٠ شمار الحضر ،
وانظر كذلك ص ١١٦) .

أما الزانية فهي التي يثبت عليها الزنا شرعاً . أنظر المادة ١٨١ من ابن شمعون ، وانظر كذلك
المواد التالية حتى ١٨٧ . وكذلك شمار الحضر ص ١٢٠ - ١٢٢ وكذلك ص ١٢٤ .

(١) أنظر المواد ١٨٧ - ١٩٠ من ابن شمعون . وانظر كذلك شمار الحضر
ص ١٢٠ - ١٢١ .

بل إن الرجل إذا حلف زوجته أن لا تكلم إنساناً ميثماً وأنفرد بها بقطوع حقوقها ولم تتمتع
كانت مخالفة شرعاً ، وضاعت عليها حقوقها (م ١٩١) ، ويمكن الأخذ بهذا الحكم كذلك
لدى القرائين إذا اعتبرت الزوجة مداة ومخالفة للأديان ، وآتية ما يدعو إلى الرية وسوء
السمعة (ص ١٢٠ شمار) .

(٢) م ٢١٩ من ابن شمعون .

(٣) أنظر ص ١٢٨ شمار . ولم يرد تحديد لما يعتبر مسوغاً ، ولذلك يمكن الطلاق
لغة الزنا أو لغيره كالاختلاف بأمرأة أخرى ، باعتبار أن هذا يد مسوغاً .

(٤) وذلك خلافاً للشريعة المسيحية التي تلزم الزوجة بها على سبيل الاحتياط في حالات
استثنائية ، كما قدمنا . وانظر في وجوب النفقة على الزوج حكم استئناف القاهرة في ١٩٠٦/٦/٢٠
رقم ٣١٢ ص ٧٢ في المحاماة ص ٣٧ عدده ص ٥٨٥ ، وقد أشار إليه كذلك خاتمي
ورابع ، ص ٤٢ رقم ٣ .

كما لا تنزم ، في الأصل ، بالاتفاق على نفسها ^(١) . ولا تختلف الأحكام الخاصة بالقرائين عن الربايين في شأن النفقة . وإن كان الربايون يوردون تفصيلاً أكثر في هذا الصدد . وقد شرعت للزوجة نظير احتباسها . فإذا لم يتوافر الاحتباس بسبب لا يرجع إلى الزوج سقطت نفقتها ، على ما قدمنا في البند السابق عند كلامنا عن الالتزام بالمساكنة .

والنفقة كما عرفناها من قبل لدى المسيحيين هي كل ما يلزم للمرأة من طعام (مؤونة) ، وكسوة ، وسكن ، وعلاج حال المرض ^(٢) . بل إن الشريعة اليهودية تضيف إلى ذلك أن على الزوج إفداء زوجته إذا أسرت ، وذلك بقدر ما يلزم لإفدائها من المال ؛ وليس له أن يطلقها من أجل أسرها ^(٣) ؛ كما أن عليه كذلك دفعها عند الوفاة وما يلزم لذلك من نفقات ، حسب عرف البلد ، وبحسب مركز أهلها ومركزه الاجتماعي ^(٤) .

(١) وهي تنزم بالاتفاق على نفسها حتى ولو كانت تصل ، إذا لم ترغب في الاتفاق على نفسها ، فإذا عارضت أن تتفق من كدها وأنفقت أكثر مما يجب على زوجها أن يكفل لها ما نقص (م ١١٧) وإذا أنفقت الزوجة من كدها ، فليس لها مطالبة على الرجل . وإنما ما يفيض عما أنفقت يكون لها دونه (م ١١٦ من ابن شمعون).

(٢) أنظر المادة ١٠٦ من ابن شمعون وكذلك ص ١١١ وما بعدها من شمار الخضر وضيف القرامون أنه إذا كان الزوج « ميسوراً أعانها بمخادمة » (ص ١١٦) . وأما العلاج فيلتزم به الزوج « حتى تشفى » . وإذا أزمّن المرض واستوجب كثرة الاتفاق « فله أن يعطيها مما لها عنده من الحقوق تتفق منها ولكنه مكروه » (ص ١١٤ شمار) . وهذا المعنى هو ما جاءت به المادة ١٣١ بالنسبة للربايين في حالة الالتزام بالعلاج .

(٣) أنظر م ١٠٦ و ١٣٣—١٣٦ من ابن شمعون ، وانظر كذلك شمار الخضر ص ١١٤—١١٥ . ويختلف القرامون والربايون في أن الأخيرين يلزمون الزوج بإفدائها مرة واحدة ، فإذا أسرت بعد ذلك كان له أن يطلقها خلافاً للقرائين ، إذ يلزم دائماً بإفدائها ما دام قادراً .

(٤) فإذا أهل الزوج في ذلك أو قصر أو كان غائباً قام الشرع مقامه من ماله . أنظر م ١٠٦ و ١٣٧—١٣٩ وكذلك ص ١١٥ من شمار الخضر .

كيف تؤدي : إذا كان الزوجان يعيشان مما قام الزوج بالانفاق على زوجته . أما لم يتم بالانفاق عليها رغم بقائها في منزل الزوجية ، أو إذا تركه بسبب راجع إليه هو ، بحيث لا تعتبر ناشزاً ، فانه يكون الزوجة المطالبة بالنفقة وإلزام الزوج بها . وقدر القضاء النفقة بأنواعها المختلفة^(١) .

اساس تقديرها : وقدر النفقة ، في الأصل ، بالنظر إلى حال الزوج ، فإذا كان مقتدراً وجب عليه أن يوسع لها بقدر معيشة أهلها ، ويراعى في التقدير كذلك ما يحيط بهما من ظروف^(٢) .

وتقدير النفقة مؤقت ، أى أنه قابل للزيادة والإقصاء ، بحسب الظروف . ولهذا فان أحكام النفقة لا تحوز حجية إلا إذا لم تتغير الظروف التي صدر فيها الحكم ، وذلك على التفصيل السابق في كلامنا عن الشريعة المسيحية .

امتناع الزوج عن أداء النفقة : قد يتمتع الزوج عن أداء النفقة دون مبرر مع التزامه بها ، وفي هذه الحالة إذا ما كان التزام الزوج بحكم قضائي ، كان

(١) والنفقة تدفع ممجلاً وشهراً فشهراً على الأقل (م ٢٥٩ من ابن شمعون) . وحكم هذا النص وارد بشأن نفقة الأرملة ، ولكن لامانع من الأخذ به في حالة النفقة الزوجية كذلك .
(٢) وهذا هو الحكم بالنسبة للربانيين (أنظر المادة ١٠٧ و١٠٨) والقوانين (م ١١٢ شام) . وانظر كذلك محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٦/٦/٢٠ رقم ٣١٢ س ٧٢ ق — خلاصه وراجع « السابق ص ٤٢ رقم ٤ » .

ويراعى في تقدير نفقة الطعام أن يكون مما يأكل منه الرجل ويشرب (م ١٠٧ من ابن شمعون) . وينس القراءون على أن تكون « نفقة إطعامها بما كانت معتادته قبل الزواج » مع مراعاة صحتها . فإذا لم يوافقها المأكل فلها ما يوافق... (س ١١٢ شام) . أما الكسوة الشرعية فهي كسوة الشتاء والصيف بحسب عادة البلد ، مع مراعاة حال الزوج من اليسر والعسر (م ١٢١ من ابن شمعون) . وينس القراءون كذلك على أن « كسوتها كسوة النهار والليل والسيوت والأعياد وأيام حبسها وغير ذلك بحسب درجتها وميسرته ... » (س ١١٢ شام) . والمسكن الشرعي يجب أن يزود بما يلزمه من الأثاث بقدر حالة الرجل (م ١٢٢ من ابن شمعون) .

للزوجة أن تلجأ إلى تنفيذ الطرق القانونية طبقاً للقواعد الخاصة باستيفاء الديون والتنفيذ على أموال المدين ، على نحو ما قدمنا لدى المسيحيين . ويشور الكلام في هذا الصدد حول ما إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة ، مع قدرته على القيام بها ، هل يمكن حبسه طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية ، الخاصة بالمسلمين ؟ رأينا أنه ينبغي تطبيق حكم هذه المادة لدى المسيحيين ، خاصة وأن من الطوائف المسيحية ما يقضى بالحكم نفسه ، ويميز حبس الزوج لعدم أداء النفقة . لكن هل يمكن أن نطبق الحكم نفسه بالنسبة لليهود ؟ يمكن القول في هذا الصدد بإعمال الأحكام التي تكلمنا عنها من قبل لدى المسيحيين من حيث إمكان تنفيذ الأحكام بالنفقة عن طريق الإكراه البدني إعمالاً للمادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية والمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ^(١) .

وفضلاً عما سبق ، فإن الشريعة اليهودية تجعل من تشدد الزوج في الاتفاق على زواجه ، بحيث تسكدر المعيشة ، سبباً يميز للزوجة طالب الطلاق ^(٢) .

تقديم دين النفقة وانقضائه : لا جدال في أن النفقة الزوجية تغل مستحقة طالما بقيت الحياة الزوجية ، ما لم يوجد سبب لإسقاطها ، كما إذا نشزت

(١) أنظر ما سبق رقم ١٤١ . وهذا ما يقره الفقه : أنظر جيل الشراوى ٦٠/٥٩ ص ٣٠٤ و ص ٣٠٥ ، وأحمد سلامة ، ط ٢ رقم ٢٢٧ ص ٧٢٧ .

(٢) أنظر م ٢٢١ ابن شمعون . بل إنه إذا « أعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق » وجبت حقوق الزوجة ديناً في ذمته « (م ٢١٥) . ولا يختلف الحكم عند الترائين من ذلك ، إذ على الرجل نفقة زوجته ، « وإلا فالطلاق إذا قصر ، ما لم تف » (ص ١١٣ شار) .

الزوجة^(١) . وهي تستحق من حين العقد^(٢) . إلى أن تنقضى الرابطة الزوجية^(٣) .

وإذا كانت الزوجة تستحق النفقة من حين العقد إلى أن تنقضى الزوجية لم تسقط عنها للنسوز ، فإنها قد تسقط عنها مع ذلك في بعض الفروض ، كما في حالة ما إذا كانت معية ، أو في حالة امتناعها عن زوجها^(٤) . لكن هل تسقط النفقة بالتقدم طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، التي لا تجيز سماع الدعوى بالنفقة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، سابقة على رفع الدعوى ؟ رأينا عند كلامنا عن الشريعة المسيحية أن الحكم الوارد في المادة ٦/٩٩ من اللائحة الشرعية خاص بالمسلمين ، وأن الأمر بعد ذلك يخضع للقواعد العامة في القانون المدني ، فلا يتقدم إلا بمرور خمس سنوات ، حيث لا توجد نصوص خاصة لدى المسيحيين . وهذا هو ما نرى العمل به كذلك لدى اليهود ، ما لم يوجد نص يقضي بسقوط النفقة . ويبدو أن النفقة تسقط لعدم المطالبة بها في حالات خاصة لا تستحق إلا من وقت المطالبة بها فقط ، فلا تستحق عن المدة السابقة .

(١) فإذا كان لذلك مبرر لا تسقط نفقتها : أنظر المواد ١١٩ و ٢٢٢ و ١١٨ من ابن شمعون .

(٢) وتنس المادة ١٠٢ من ابن شمعون على أنه « يترتب على عقد الزواج ما يترتب عليه شرعاً من الحقوق من حين العقد ، ولو لم يطل الرجل المرأة ، وكان لا مانع من الوطء » .

(٣) فإذا انقضت الرابطة الزوجية نال الكلام حول استحقاق الزوجة للنفقة ، وهو ما نعرض له فيما بعد عند كلامنا من الآثار التي تترتب على هذا الانقضاء .

(٤) ذلك أنه إذا كانت المرأة معية لا تصلح للرجال ، وادعت العياقة ، فإنها تَحْصِي شرعاً وتبقى بلا نفقة حتى يتم النص (م ١٥٨ من ابن شمعون) . وإذا امتنع عنه لهاسته ومنازحته إياها ، أُنْذِرَها الشرع بضياع حقوقها أربع مرات ... فإذا بقيت على امتناعها وأبَت الطلاق انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة ... (م ١٧٠) .

هذا ما عرضت له بعض النصوص^(١). كما يفهم من بعض نصوص أخرى أن النفقة قد تستحق من وقت معين^(٢). ولهذا نرى أنه إذا لم ينص على استحقاقها من وقت معين . فانه يرجع دائما إلى الأصل العام وهو أنها تستحق من وقت الامتناع عن أدائها مع استحقاقها ، ما لم تسقط بالتقادم ، لأنها تصير دينا عاديا بعد ثبوت الحق فيها .

نفقة زوجة للجنون والغائب : إذا أصيب الزوج بالجنون والقسوة ، كان للزوجة أن تحصل على حكم بالنفقة^(٣).

وإذا كان الزوج غائبا ، فان لزوجته أن تتفق من ماله على نفسها . وبحكم لها القضاء بالنفقة ويجوز على أموال الغائب ويبيها قضاء للنفقة^(٤). هذا إذا كان

(١) فقد نصت المادة ١٠٩ من ابن شمعون على أنه لا نفقة للزوجة على زوجها قبل ثلاثة شهور من يوم الزواج إذا سافر . . فإذا مضت الثلاثة شهور ، ولم تطلب الزوجة نفقة فلا تقدر لها إلا من يوم الطلب . . ونصت المادة ١١٨ على حالة ما إذا اضطرت المرأة إلى ترك المنزل لسوء ما يتقوله عنها الجيران ، ولم تطلب نفقة ، « عد سكوتها تركا وتنازلا بقدر ما يفوت من الزمن . كما نصوا على سقوط نفقة الأرملة كذلك إذا سكنت ستين عن طلب النفقة أو ثلاثة سنين إذا كانت موسرة » . إذ يعد هذا تنازلا عن المدة الماضية (م ٢٤٥) . وقد نص القراءون كذلك على أن نفقة الأرملة تكون من يوم الطلب ، (ص ١١٣ شمار) .
(٢) من ذلك ما نص عليه في المادة ١٠٩ المشار إليها في الهامش السابق من أنه « إذا كان السفر هجرا وليذا حق لها تقدير النفقة من وقت سفره » . وانظر كذلك المادة ١١٥ .
(٣) م ١٢٠ من ابن شمعون . وكذلك شمار الحضر ص ١١٧ وقد جاء فيه أنها تباين إلى النفقة إذا طرأ عليه « حته أو فقد التلق » .

(٤) انظر م ١١٠ . فإذا أنقضت الزوجة على نفسها في غياب زوجها بأن باعت شيئا من متاعه ، يحكم شرعي أو بلا حكم ، ثم نازعها الزوج عند حضوره ، فادعي أنه ترك لها ما يكفي للاتفاق ، وهي أنكرت صدقت يمينها (م ١١٥ و ١١٠) . فإذا صبرت حتى يموت ، وطالبته بما أنقضت ، وأدعي أنه ترك لها نفقة صدق هو يمينه (م ١١٥) وانظر كذلك المادة ١٠٩ . وعند القرائين إذا تركها دون أن يطيها ما تنفق منه باعت من أمته وعاشت ، وليس لها البيع بمحض إرادتها بل بواسطة السلطة العرفية ، (أنظر ص ١١٢ والهامش من شمار الحضر وكذلك ص ١١٧) . وقد جاء في هذا الموضوع الأخير أنها إذا طالبت بنفقة وحل أحييت إلى الأول دون الثاني ضرورة كونه غائبا غير موجود معها .

للزوج مال يمكن الاتفاق منه ، فإذا كانت أمواله لدى مدين للزوج ، أو لدى مؤتمن على وديعة له ، لزم هذا المؤتمن أو ذاك المدين أن يخرج مما عنده لنفقة الزوجة^(١) . فإذا لم تكن للزوج أموال واستدانت زوجته في حال غيابه من أجل النفقة لزمه الدين^(٢) .

رابعاً : حقوق الزوج على زوجته — الطاعة

١٤٧ مكره ٨ - **وجوب الطاعة على الزوجة لزوجها** : عرضنا فيما سبق للالتزام بالطاعة في الشريعة المسيحية . ولا يختلف الحكم لدى اليهود ، عما يناله من قبل بصفة عامة ؛ إذ عندهم أن الرجل هو رأس المرأة ، ولهذا فإن « عليها أن تكون تحت طاعته ، وإليه نزعتها وهو يسودها ، كما هو نص الكتاب » . كما أوجبوا عليها كذلك « توقيره ، كما أيقر السيد والملك^(٣) » . ولما كانت الطاعة عندهم مما جاء به الكتاب ، فإنه ينبني أعمال أحكامها لدى كل من الرابانيين والقرائين .

وتجب الطاعة على الزوجة متى زفت إلى زوجها . وعليها أن تطيعه وتمثل لأوامره ونواهي في الحدود المشروعة . ويقتضى ذلك أن تطيع الزوجة زوجها

(١) أنظر المادتين ١١١ و ١١٢ من ابن شمعون .

(٢) ١١٢ م من ابن شمعون . فإذا « تطوع أحد وأتفق على الزوجة ، فلا رجوع له على الزوج بغير إرادته ، وإنما إذا كان المتفق (دائماً) له وبيت المفارقة » (م ١١٤) .
وانظر في حققة النائب في الدرجة اليهودية حكم استئناف القاهرة في ١٩٠٦/٤/٢٥ رقم ١٤ س ٧٣ ق - خطاهي ورابع ، السابق ص ٤٢ رقم ٢ .

(٣) شلار الحضر ص ١١٥ و ص ١١٦ .

فيما له عليها من حقوق الزوجية^(١) ، وللزوج عليها حق التأديب في الحدود المشروعة^(٢).

هذا ولما كانت الطاعة واجبة على الزوجة في الشريعة اليهودية ، فإنه يمكن إعمال الأحكام الواردة في اللائحة الشرعية بالمادتين ٣٤٥ و ٣٤٦ من حيث إمكان تنفيذ الحكم بالطاعة جبراً على الزوجة اليهودية ، لأن القواعد الواردة في هذا الخصوص قواعد إجرائية تسرى على جميع المواطنين من مسلمين وغير مسلمين . ولا شك في أن نشوز الزوجة يحول للزوج في هذه الحالة طلاقها مع إسقاط حقوقها لتوافر المسوغ الشرعي لذلك .

الفرع الثاني

الأنار بالنسبة للأولاد

١٤٧ مكرر (٩) - تمهيد : عرضنا للآثار التي تترتب على الزواج بالنسبة للأولاد في الشريعة المسيحية وبيننا ما يترتب من حقوق والتزامات بين الوالدين والآباء ، ورأينا أن أهم ما يثور الكلام عنه في هذا الصدد هو ثبوت النسب،

(١) أنظر م ٧٣ من ابن شمعون ، وكذلك ص ١١٥ شمار الحضر - فطليا أن تلبس كلها دعالها ما لم يحيا الجيش ... ، وإلا عدت ناشزاً ، وجاز طلاقها ... وطليا أن تقوم على خدمته بشخصها ... (م ٧٤ من ابن شمعون) وأن تقوم بخدمة البيت وبالرضاعة بنفسها إذا كانا فقيرين (م ٧٨) ...

والرجل منها من إرضاع غير ولده بأجر ، وليس له أن يكرها على أن يرضع ولدها غيرها (م ٨١ و ٨٢ من ابن شمعون).

(٢) فليس له أن يضربها ، حتى من أجل التأديب (م ١٤٦ وكذلك ٢١٧) . فإذا اعتاد الضرب كان لها طلب الطلاق (م ٢١٦) أما إذا كان للضرب باعث شرعي من جهة الزوجة فلا يصح لها طلب الطلاق (م ٢١٨ من ابن شمعون).

وذلك باعتباره مسألة أولية ، وإذا ما ثبت ترتب بين الوالدين والأبناء حقوق والتزامات لا يؤثر فيها اقصاء الرابطة الزوجية بين الوالدين . ولا شك في اعتبار مسألة ثبوت النسب من مسائل الأحوال الشخصية ، وبالتالي تطبق في شأنها أحكام الشرائع الملية ، إذا مارفت دعوى النسب بصفة مستقلة ، على نحو ما بينا من قبل ^(١) . وتختلف أحكام الشريعة المسيحية بصفة عامة عن الشريعة اليهودية من ناحية مسألة ثبوت النسب ، ذلك أن الشريعة اليهودية لم تعرض لهذا الموضوع بالتفصيل ، كما فعلت بعض الطوائف المسيحية ، على ما بينا . ثم إنها لم تنظم مسألة التبني كما يبدو لنا من المرجع الرئيسي لدى القرائين والرابانيين ، بل إن القرائين تكلموا عن النسب بصورة عارضة في مواطن متفرقة من كتاب شمار الحضر ^(٢) . وسنعرض فيما يلي لهذا الموضوع كما نظمته شريعة الرابانيين في كتاب الأحكام الشريعة في الأحوال الشخصية لابن شمعون ، فنرض له حال قيام الزوجية ، كما نرض له في حالة ما إذا كان المقعد على المرأة غير مستوف لكافة أركانه الشرعية وذلك في حالة التعديس فقط ، وكذلك في حالة ما إذا تزوجت المرأة المتزوجة بزواج ثان مع قيام زواجها الأول ، ثم

(١) أنظر فيما سبق بند رقم ١٤٤ .

(٢) من ذلك ما جاء في ص ٨٩ بالنسبة للعقد على الاجنية (غير اليهودية) ، من أن هذا المقعد « لا ينفذ والمولود منها أجنبي مثلها كائن الجارية لا يلبس له » ، ولو تهود لقوله « عصوا الله وجاءوا بفسل غريب » . ومن ذلك أيضاً ما جاء (ص ٩٧-٩٨) بالنسبة لابن الحرام ، وهو ما يقال له بالبرية « ممزج » من « موزار » بمعنى مقصي أو مبدع عن الأمة لا تقبله إلى الأبد .

وما جاء عند الكلام من الزانية (ص ١٠٩) وتحريمها لما يفتأ عن الزواج بها من « جل النسب » . وما جاء (ص ١٠٤) عند الكلام عن الرجوع إلى المرأة بعد عقد النكاح عليها ، حتى ولو انقضت العدة ، فإن « الدرية تعاب ولو أنها شرعية تلص وتقبل » .

نخرض للأقرار بالنسب ، ونسب القبط ، وأخيراً نبين ما يترتب على ثبوت النسب من آثار وبصفة خاصة في شريعة الرابانيين .

١٤٧ مكرر ١٠ - ثبوت النسب حال قيام الزوجية : يعتبر الأولاد شرعيين

إذا ما ولدوا من زوجه صحيحة قائمة . وتأخذ الشريعة اليهودية كذلك بقرينة الولد للفراش . وهذا ما يجب العمل به سواء لدى القرائين أم لدى الرابانيين ، حتى ولو لم ينص عليه .

وقد نصت القواعد الخاصة بالرابانيين على أن أقل مدة للحمل هي سبعة أشهر^(١) . أما أقصى مدة للحمل ، فأنها سنة ؛ مع مراعاة أن الوضع العادي أو الغالب إنما هي تسعة أشهر . ولهذا نصوا على أنه إذا غاب الرجل عن زوجته فوضعت بعد سنة من غيابها كان المولود « ابن زنا شكاً »^(٢) . أما إذا لم يكن الرجل بعيداً عن زوجته ؛ فلا ينفي نسب الولد من أبيه^(٣) ، حتى ولو بإشاعة الزنا حول الزوجة ، اللهم إلا إذا كانت هذه الزوجة قد اشتهرت بقلة العفاف ، ففي هذه الحالة يصح نفي النسب بإشاعة الزنا (م ٢٩٢) .

(١) م ٢٨٩ من ابن شمعون . وتعتبر السبعة أشهر كلمة شرعاً ، ولو لم يكن إلا يوم من الشهر الأول ويوم من الشهر السابع (م ٢٩٠) . والواقع أن هذه طريقة فريدة في احتساب مدة الحمل تخص بها شريعة الرابانيين إذ يصور أن يكون خمسة شهور ويومين فقط . وقد رأينا أن الشريعة المسيحية تحبل الشهر ثلاثين يوماً ، وتحبل أقل مدة للحمل ٦ شهور أو ١٨٠ يوماً .

(٢) م ٢٩١ . وهذا النص في اعتقادنا ينصرف إلى جميع الحالات التي يكون فيها الرجل بعيداً عن زوجته سواء لنيه ، بمعنى النية التي يتكلم عنها القانون عادة ، أو لنيته يعمده عنها لهجره إياها وتبوت ذلك على نحو قطعي ، أو لانفصاله عنها بالطلاق أو نحوه .

(٣) والأصل عندنا أن الولد ينسب إلى أبيه ، ما لم يكن الأب من غير الملة ، فانه ينسب لأمه (م ٢٨٨ من ابن شمعون) .

ومن هذا يتبين لنا أنه إذا تمت الولادة خلال المدة السابقة^(١) ، فإن الولد يعد شرعياً ، ما لم ينف نسبه . وقد رأينا أن للزوج أن ينفي نسب الولد منه إذا كانت زوجته مشهورة بجملة العفاف . وله أن ينفي نسبه فضلاً عن ذلك ، وبصفة عامة ، قبل الوضع وبعبءه ، إذا لم يكن قد أقر به ، ما لم ينفي هذا الإقرار شرعاً^(٢) . مع مراعاة أن للأب أن يرجع إلى النسب بعد فيه (م ٢٩٧) ومع مراعاة أن نفى نسب الولد لا يكون إلا من الأب قطعاً ، فلا يقبل من الزوجة نفى نسب حملها (م ٢٩٩) . بل إنه لا يقبل نفى نسب الولد من أبيه إذا كان لهذا الولد ذرية^(٣) .

وإذا ما ثبت نسب الولد على النحو السابق ، فإنه يترتب على ذلك قيام حقوق وواجبات متبادلة بين الآباء والأبناء . أما إذا اتفق النسب ، فقد نص على عدم استحقاق من اتفق نسبه للنفقة (م ٢٩٨) . ويراعى ، أن النسب يثبت عن طريق شهادة مستخرجة من السجلات الرسمية تتضمن صورة مما تم قديمه في سجل المواليد . فإذا لم يوجد هذا الدليل أمكن الإثبات بكافة الطرق ، ولكن إذا وجد هذا الدليل ، فإنه لا يمكن إثبات عكس ما جاء فيه أو ما دون بالسجلات إلا بحكم ، على ما بينا من قبل^(٤) .

(١) أى بدتة أشهر أو سبعة (مع احتسابها على النحو السابق) من تاريخ الزواج ، أو في خلال سنة من انقضاء الرابطة الزوجية أو انفصال الزوج عن زوجته لنيابة .

(٢) أنظر المادتين ٢٩٣ و ٢٩٥ . وتقضى هذه الأخيرة بأنه «إذا أقر الأب بالنسب» فلا يقبل منه أن ينفيه إلا بنفى الإقرار شرعاً . فالتنفي في هذه الحالة - بعد الإقرار بالنسب - يكون منصباً على الإقرار ذاته ، وذلك بالظن عليه .

(٣) أنظر م ٢٩٤ .

(٤) أنظر فيما سبق بند رقم ١٤٥ ص ٧٤٨-٧٤٩ .

١٤٧ مكر (١١) - اثبات النسب من زواج لم يستكمل اوكانه : رأينا أنه لقيام الزواج في الشريعة اليهودية لابد من التقديس ، والعقد المكتوب ، والصلاة الدينية ، صلاة البركة . ولما كان من الجائز تقديم التقديس وإجراء الركنين الآخرين ، فإن هذا وحده لا يكفي . حقا إن المرأة ترتبط شرعا بمجرد التقديس ، فلا تحل لآخر إلا بالطلاق أو الوفاة ، ولكن عدم توافر الركنين الآخرين لا يجعل المرأة تحل للرجل ؛ إذ التقديس وحده لا يكفي ، فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقي الأركان ، وإذا أقام الرجل مع المرأة بغير كتابة عقد الزواج الشرعي كان ذلك ممنوعا ، ولو كان هناك تقديس ^(١) .

ويترب على ذلك أنه لو أقام الرجل مع المرأة التي قدست له ، ثم حلت منه ، فإن هذا الحلل يعد - ولاشك - خارج زواج صحيح . ومع ذلك فإن الشريعة اليهودية - حرصا منها على مصلحة الأولاد - عملت على تصحيح نسبهم في هذه الحالة ، فنصت على أنه « إذا حلت الفتاة المقدسة ، ونسبت الحلل إلى خاطبها ، وأقر به ، أو تغيب ولم يرد أن يحضر لينفي ، أو حضر وعجز عن النفي ، صحت النسبة إليه ، وإلا فالمولود من الزنا » (م ٣٠٠) . ومعنى هذا أن النسب يصير صحيحا إذا اعترف الرجل بالحلل في هذه الحالة ، أو تغيب ولم يرد أن يحضر لينفي ، أو حضر وعجز عن النفي ، فإذا لم يحصل هذا بأن رفض الاعتراف بالحلل أو أمكنه أن ينفي الحلل ، كان المولود ابن زنا .

هذا إذا نسبت المقدسة الحلل إلى خاطبها . فإذا تمذرت نسبة الحلل لينياب

(١) أنظر المواد ٦٠ و ٦١ و ٦٦ من ابن شمعون .

المخطوبة أو لعدم درايتها من هو ، فهو ابن زنا شكاً (م ٣٠١) . وإذا أشيع أن الحاطب تمكن منها هو وغيره ، فلا ينسب الحمل أو المولود إليه ، إذا لم تنسبه هي له ^(١) .

١٤٧ مكرر (١٢) - نسب الولد من زواج ثان : عرضت شريعة الرابانيين كذلك للحالة ما إذا غاب الرجل عن زوجته واعتقدت هذه الأخيرة أنه قد توفي ، فتزوجت من آخر ، وحملت ، ونصت على أن الحمل في هذه الحالة يعتبر حمل زنا ، وينسب المولود إلى الرجل الثاني (م ٣٠٦) . وفي هذا الصدد كذلك تحرص الشريعة اليهودية على إثبات نسب الولد من الزوج الثاني ، مع أن زواجه باطل ^(٢) . ولكن ، لما كان الزواج الأول لا زال قائماً ، فالزوج الأول - وهو الزوج الشرعي - إذا حضر واختلى بالزوجة قبل التفريق بينها وبين الرجل الآخر ، وحملت ينسب الحمل له ، وعدا ابن زنا (م ٣٠٧) .

١٤٧ مكرر (١٣) - الاقرار بالنسب : تميز شريعة الرابانيين الإقرار بالنسب . فقد يقر شخص بأن آخر ابن له ، وفي هذه الحالة ينفذ الإقرار شرطاً ، إذا ما وافقه المقر له . وهذا هو الحكم كذلك إذا ما أقر شخص بأخوة أو بمومة ، أو بنير ذلك ، إذ في جميع تلك الحالات ينفذ الإقرار شرطاً ، إذا ما وافق المقر له بالنسب ^(٣) .

ولكن لما كان للإقرار أثر نسبي ، فانه يجب ألا يضر بالغير ، إعمالاً للقواعد العامة في هذا الصدد . وإعمال هذه القاعدة في حالة الاقرار بنير البتة

(١) م ٣٠٢ . وطبيعي أنه إذا ما نسبته هي للحاطب في هذه الحالة ، كان له أن ينفيه طبقاً لما بينا وما تنس عليه المادة ٣٠٠ .

(٢) ويد الولد ابن حرام عند القرائين (أنظر ص ٩٧-٩٨ من شمار الحضر) .

(٣) أنظر م ٣٠٣ .

من الصور السابقة ، فيه حمل للنسب على الغير ، ولهذا يكتفى أن يعامل المقر بإقراره ، سواء من حيث الحقوق التي ترجع إليه هو نفسه ، كوجوب النفقة عليه مثلاً ، أم من حيث الميراث ، على نحو ما بينا من قبل^(١).

١٤٧ مكرر (١٤) - اثبات نسب اللقيط : تعرضت شريعة الرابانيين كذلك لاثبات نسب اللقيط^(٢). وإذا كان الأصل أنه لا ينسب ويعد من أبناء الزنا المشكوك في أمرهم ، إلا أنه إذا ادعى أحد أنه أبوه أو واحدة أنها أمه ، وكان لم يزل بمكانه ، ولاح على الدعوى صدقها ، نسب إلى مدعيه أو مدعيته . فإذا قل اللقيط من موضعه ، ثم ادعاه إنسان ، فلا ينسب له ، ما لم يؤيد دعواه (م ٣١٩ و ٣٢٠) .

١٤٧ مكرر (١٥) - الآثار التي تترتب على ثبوت النسب : رأينا أنه إذا ثبت النسب قامت حقوق وواجبات متبادلة بينهم وبين الوالدين . ولا شك في هذا إذا كان النسب يتعلق بأولاد شرعيين مولودين من عقد شرعي ؛ فإذا نتفى النسب ، لا يثبت لمن تم نفى نسبه النفقة^(٣).

ومع ذلك فإن الرابانيين يقررون أنه « لا فرق في الحقوق والواجبات بين المولود عن غير عقد شرعي لأبوين من الملة ، والمولود عن عقد شرعي » . كما أن « مولود المحرمة شرعاً . أو مولود الزنا هو كغيره في الحقوق والواجبات » (م ٣٠٤ و ٣٠٥) .

(١) أنظر ما سبق ص ٧٥٤-٧٥٥ وهامش ١ من ص ٧٥٥ .

(٢) ولا يحد لقيطاً بالمعنى الشرعي ، إذا دلت القرائن على أن إلقاءه لم يكن الغرض منه إهلاكه (م ٣١٨) .

(٣) إذ تنص المادة ٢٩٨ من ابن شمعون على أنه « لا نفقة لمن اتقى نسبه » .

الفصل الرابع

انحلال الزواج

١٤٨ - محمد . رأينا فيما سبق ^(١) أن من الخصائص الجوهرية للزواج في الشريعة المسيحية - وعلى خلاف الشريعة اليهودية - كونه رابطة مؤبدة غير قابلة للانحلال (indissolable) . وعدم القابلية للانحلال يقوم على اعتبار أن الزواج في الشريعة المسيحية مقدس ، ويشبه ارتباط الرجل بزوجته بارتباط المسيح بالكنيسة ، وبما أن علاقة المسيح بالكنيسة علاقة إلهية مقدسة دائمة ، فكذلك العلاقة الزوجية تعتبر سرّاً إلهياً مقدساً دائماً ، وهي تعتبر كذلك متى انعقد الزواج صحيحاً واعتبرته الكنيسة كذلك ^(٢) .

وقد أقام المسيحيون وصف التأيد الذى يلحق الزواج وعدم قابليته للانحلال على ما ورد في أقوال المسيح وأقوال الرسل ، كما أوردنا من قبل وكما سنرى فيما بعد . وإذا كانت الشريعة المسيحية قد وضعت هذا المبدأ ، كقاعدة عامة ، فانه توجد حالات تنحل فيها الرابطة الزوجية . ولكن تلك الحالات لم تنل من الأصل العام في هذه الشريعة ، وهو عدم قابلية الزواج فيها للانحلال . فالأصل

(١) أنظر ص ٣٤٦ - ٣٥٠ من هذا الكتاب .

(٢) وإذا كان البروتستانت لا يرتضون بالزواج إلى مرتبة السر الإلهي ، فانهم مع ذلك يعتبرونه رابطة مقدسة * وشركة دائمة بين الزوجين ، وهم يحتنون في تقديس الرابطة الزوجية ويرونها أشرف من التبوية * لأن الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليقة وكرمه حيث جاء في رسالة الرسول بولس إلى البرانيين « ليكن الزواج مكرماً عند كل واحد والمضجع غير نجس » (أنظر فيما سبق ، فترة ٧٩ ص ٣٤٢ وما بعدها) .

هو عدده القابلة للانحلال وعلى سبيل الاستثناء تنحل الرابطة الزوجية في حالات معينة . هذا عند المسيحيين :

أما في **الشريعة اليهودية** : فيختلف الوضع ، فقد سبق أن رأينا ^(١) أن الشريعة اليهودية تختلف عن الشريعة المسيحية من حيث أنها تميز تعدد الزوجات ، كما تميز انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وحدها عن طريق الطلاق ، كما أنها تبيح أيضا أن يتفق الزوجان على الطلاق ، وتجمل للمرأة أن تطلب إلى القضاء تطبيقها في الحالات التي تحددها الشريعة في هذا الصدد .

وفي الحالات التي تنحل فيها الرابطة الزوجية سواء لدى المسيحيين أم لدى اليهود ، يتم الانحلال بالنسبة للمستقبل فقط ، خلافا لما رأينا من قبل ^(٢) بسدد إعلان الزواج الذي يترتب على الحكم به إنهاء الرابطة - في الأصل - بالنسبة إلى الماضي والمستقبل . وتنحل الرابطة الزوجية بالموت كما تنحل بأسباب أخرى . ولهذا فأننا نتكلم أولا عن انحلال الزواج بالموت ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الأسباب الأخرى . وفي صدد هذه الحالة الأخيرة قد تنحل الرابطة الزوجية لدى المسيحيين بصورة تامة ، وهو ما يحدث عن طريق التخليق . وقد تقف الحياة المشتركة بين الطرفين مع بقاء هذه الرابطة ، وهذا ما يكون في حالة الانفصال الجسدي أو الجسافي . وستكلم عن انحلال الرابطة الزوجية بالموت ، ثم نتكلم عن انحلالها بغير الموت . ولما كانت أحكام انحلال الرابطة الزوجية بالموت لا تختلج لدى كل من المسيحيين واليهود ، فأننا نعرض لهذا السبب بصفة عامة لدى كل منهما . ثم نعرض بعد ذلك لانحلال الزواج في حياة الزوجين لدى المسيحيين ، ثم لانحلاله كذلك لدى اليهود .

(١) أنظر فيما سبق رقم ٧٩ مكرر ص ٣٥٠ وما بعدها .

المبحث الأول

انحلال الزواج بالموت

١٤٩ - الموت الحقيقي وللموت الحكمي : الموت هو السبب الطبيعي الذي

تنقضى به الرابطة الزوجية بصفة عامة لدى كافة الشرائع . وبالموت في الشريعة المسيحية ، قف الآثار التي تترتب على العلاقات بين الزوجين ، ويحل لمن لم يمت منها الزوج ثانية . وهذا أمر لا جدال فيه بين الطوائف المسيحية على اختلاف مذاهبها ^(١) . وقد جاء في رسالة بولس الرسول إلى أهل رومية ^(٢) . « أن التاموس يسود على الإنسان ما دام حياً . فإن المرأة التي تحت رجل هي مرتبطة بالتاموس بالرجل الحي . ولكن إن مات الرجل فقد تحررت من تاموس الرجل . فإذا ما دام الرجل حياً تدعى زانية إن صارت لرجل آخر . ولكن إن مات الرجل فهي حرة من التاموس ، حتى إنها ليست زانية إن صارت لرجل آخر » .

(١) وقد نصت المجموعات الخاصة بالطوائف على ذلك . وتنقضي المادة ٤٧ (مجموعة ١٩٥٥) أقباطاً رثوذكس بأنه « يفسخ الزواج بأحد أمرين . الأول : وفاة أحد الزوجين ... » وأنظر كذلك المسألة ٣٥ و ٣١ من الخلاصة . وقد جاء في المسألة ٣١ أن الرجل « إذا مات زوجته وأراد التزوج يحمل له ذلك » إنما يلزمه الصبر مدة الحزن على زوجته بحسب مة يليق ويحتمل ، أما المرأة إذا مات زوجها فلا بد لها من أن تمكث عشرة أشهر لوفاة زوجها ، وحينئذ إذا أرادت التزوج فلتتزوج . ومن هذا يتضح أنه إذا كان لمن بقي من الزوجين أن يتزوج ثانية ، إلا أنه إذا كان هو الزوج لزمه الانتظار مدة الحزن طبقاً لما هو متبع . وإن كنا نرى أن مخالفة هذا الواجب لا يترتب عليها أى جزاء قانوني . أما إذا كانت المرأة هي الباقية فتلتزمها المدة على نحو ما بينا من قبل بسدد السلام عن المدة كإن من موانع الزواج (ما سبق فقرة ١١٥ مكرر ص ٥٣٥ وما بعدها وانظر بالنسبة لليهود فقرة ١٢٦ (٤٨) ص ٥٩٣)

(٢) الإصحاح ٧ عدد ٢ و ٣ . وانظر كذلك رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس الإصحاح ٧ عدد ٣٩ .

على أنه لكي يتحرر الباقي من الزوجين من الرابطة ويكون له أن يتزوج، يتعين أن تثبت وفاة الزوج الآخر يقيناً . وبين القانون عندنا أن الوفاة تثبت بالسجلات الرسمية المصدرة لذلك عن طريق تقديم مستخرج من سجلات قيد الوفاة . ولما كانت الوفاة واقعة ، فإنه يمكن إثباتها بكافة الطرق ، مع مراعاة أنه إذا ما أريد إثبات عكس أو بطلان أو تزوير ما هو مدون بالسجلات في هذا الشأن ، فإنه يتعين أن يكون ذلك بحكم قضائي . وهذا إذا كانت الوفاة قد قيدت بالسجلات ، أما إذا لم تكن قد قيدت بالسجلات الرسمية فإن الإثبات يجوز بكافة الطرق ^(١) . وإذا كانت الوفاة تثبت على النحو السابق حتى يستطيع الزوج الآخر التزوج ، فإن المقصود بذلك أن تكون الوفاة حقيقة . ومع ذلك فقد يفترض القانون موت الشخص في بعض الأحيان إذا لم يمكن القطع بحياته أو مماته . وهذا هو الشأن بالنسبة للمفقود .

والمفقود هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته غيبة منقطعة ،
واقطعت أخباره ، بحيث لا تعرف حياته من مماته . وفي هذه الحالة يبيح القانون.
اعتباره ميتاً ، متى توافرت شروط معينة ، وتنقضي شخصيته تبعاً لذلك . وهو
يختلف عن الغائب . فالغائب هو من يغيب عن موطنه أو محل إقامته ، ولكن

(١) أنظر المادة ٢/٣٠ مدني . ومجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني جزء ١

ص ٣٢٢ .

هذا ، وقد نظم قانون الأحوال المدنية (رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠) مسألة قيد الوفيات فأوجب التبليغ عنها خلال ٢٤ ساعة إلى مكتب الصحة في الجهة التي تحدث فيها ، وإذا وجد ، فإذا لم يوجد يكون التبليغ إلى المدة الذي يقوم بدوره بإخطار مكتب الصحة فوراً ، ويقوم مكتب الصحة بإخطار أمين السجل المدني المختص خلال ٧ أيام من إبلاغه . وقد ألزم القانون أشخاصاً معينين بالتبليغ من الوفاة . ولكل ذي مصلحة أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل مما يقيد في السجل المد لذلك (أنظر بالنسبة للوفيات المواد من ٢٩ إلى ٣٥ ، وأنظر كذلك المادة ١١ من قانون الأحوال المدنية سالف الذكر) .

حياته تكون معلومة ، حتى ولو لم يكن محل إقامته في الخارج معلوما . ولهذا لا يعد الغائب مفقوداً . وقد سبق أن بينا ^(١) أن الغيبة في ذاتها لا تعتبر سبباً كافياً لإبرام زواج جديد بالنسبة للمسيحيين ، بل لا بد من تحقق موت الغائب وإثبات ذلك على وجه يقين . وفي هذه الحالة يصدر حكم بتطليق الحاضر من الزوجين . وإذا ما قضى بذلك أصبح في حل من أن يتزوج من جديد . وسنرى فيما بعد إلى أي مدى تأخذ الشريعة المسيحية بالتطليق على أساس الغيبة .

وينص القانون المدني عندنا في المادة ٣٢ على « تسرى في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة . فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » . وقد تعرضت بعض القوانين الخاصة لتنظيم أحكام القصد والغيبة . وتبين المادة ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ أحكام القصد . وهي تفرق بين حالتين :

(١) حالة المفقود الذي يغلب عليه الهلاك ، كما إذا فقد في حرب أو في كارثة ، كزوال أو فيضان . وفي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد أربع سنين من تاريخ فقد ، أو يصدر قرار وزير الحرية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين ^(٢) .

(١) انظر ص ٥٢٧ من هذا الكتاب . وانظر كذلك مؤلفنا في الدخول للعلوم القانونية « الكتاب الثاني في نظرية الحق - الطبعة الاولى ١٩٦٠ ص ١٤٢ وما بعدها .

(٢) ويقوم قرار وزير الحرية بالنسبة للعسكريين مقام صدور حكم القضاء بالنسبة للمدنيين وذلك بشرط مرور الأربع سنوات . انظر في سبب التعديل الذي أدخله القانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ بالنسبة للعسكريين المذكرة الإيضاحية لهذا القانون .

(٢) وحالة المفقود في غير الظروف السابقة ، كمن سافر إلى بلد آخر طلباً للعلم أو للسياحة واقطعت أخباره ، ولم تعلم حياته من مماته . في هذه الحالة يفوض أمر المدة التي يحكم بموته بعدها إلى القاضي . وبديهي أنه لا ينبغي أن تقل هذه المدة عن أربع سنين ^(١) .

ويرتب على الحكم بموت المفقود ، أو صدور قرار وزير الحرية باعتبار الشخص مفقوداً إذا كان من المسكرين ، اعتباره ميتاً . ولهذا يكون لزوجته التزوج ، بعد أن تمتد من تاريخ الحكم أو القرار ^(٢) .

هذا عن الأثر المترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور قرار بذلك . ويشور التساؤل هنا في حالة ما إذا ظهرت حياته بعد ذلك . تطبق في هذا الصدد أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فإذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج تعود إلى زوجها . أما إذا كانت قد تزوجت ، ففي الأمر تفصيل . فإذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها فقط دون أن يدخل بها ، ينسخ العقد الجديد وتعود إلى زوجها الذي ظهرت حياته . وكذلك الأمر في حالة ما إذا كان الزوج الثاني قد تزوجها وهو يعلم بحياة زوجها المفقود ، أو كان قد عقد عليها خلال فترة المدة .

(١) ذلك أنه إذا كان يلزم مرور أربع سنين في حالة غلبة الهلاك ، فمن باب أولى يلزم الاقتصار المدة من ذلك في هذه الحالة ، حيث لا يتلب الهلاك على المفقود . وفي جميع الحالات لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتعري القاضى عنه بجميع الطرق الممكنة ، ليعرف ما إذا كان حياً أو ميتاً .

ومع ذلك فإن الأحكام المذكورة لا تمنع كل ذى شأن ، كلزوجة في هذه الحالة ، من أن يدمي موت المفقود ، حتى ولم تنقض مدة أربع سنوات على فقده ، فإن ثبتت الدعوى بأية طريقة من طرق الإثبات انتهت شخصيته بموته حقيقة لاحكاماً في هذه الحالة (أنظر مجموعة الإعمال التشريعية لقانون المدنى ، جزء أول ص ٢٢٨) .

(٢) أنظر المادة ٢٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٣

لسنة ١٩٥٨ .

أما إذا كان الزوج الثاني حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وتم الزواج بالدخول ، ولم يكن عقده عليها خلال فترة المدة فانها تكون له ^(١) . وذلك لأن الزوج الثاني قد تزوجها بناء على حكم قضائي ودخل بها بمقد بنى على أسس صحيحة في الظاهر ، وهي الحكم - بعد التحرى بكافة الوسائل الممكنة - بقصد الزوج الأول . ولا يقال إن الزوجة هنا قد جمعت بين زوجين لانحلال الزواج الأول بناء على الحكم بالفقد

(١) وتنص المادة ٨ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه « إذا جاء المفقود أو لم ينجى ، وتبين أنه حي » فزوجته له ، ما لم يتنح الثاني بها غير عالم بحياة الأول . فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته ، كانت الثاني ، ما لم يكن عقده في مدة وفاة الأول » .

ومرض النس لحالة فقد الزوج والحكم بالنسبة لزوجته إذا ما ظهرت حياة المفقود . لكنه لم يبين الصورة العكسية وهي حالة ما إذا كانت الزوجة هي التي فقدت وحكم بفقدها . فإذا يكون الحكم إذا ما ظهرت حياتها بعد ذلك ؟ قياساً على ما جاء به القانون بالنسبة لمودة الزوج المفقود ، تعود الزوجة التي حكم بفقدها إلى زوجها إذا لم يكن قد تزوج ، كما تعود إليه كذلك إذا كان قد عقد زواجا ثانياً لكنه لم يكتمل بالدخول ، أو إذا كانت زوجته الجديدة تعلم حياة الأولى ، لأن الزواج الثاني ينسخ مودة الأولى . لكن إذا كانت الثانية حسنة النية وتم الدخول ، فإن الأولى لا تعود ، وتظل الثانية على ذمته ، وذلك حتى لا يجمع بين زوجتين ، وخاصة أن الزواج الثاني قد تم بحسن نية ، وبناء على الحكم بالفقد ، وهذا في الفرية المسيحية التي لا تتعدد فيها الزوجات ، خلافاً للفرية اليهودية والفرية الإسلامية ، حيث يمكن أن تتمدد الزوجات .

ومع ذلك فقد أورد فيليب جلاذ بالنسبة للكاتوليكي دقاموس الإدارة ، جزء ٥ ، السابق ص ٢٨١ ما يأتي « من ظن بضمير سليم أن امرأته ماتت فتزوج ، ثم ظهر أن الأولى حية لزمه المودة إليها » . وهذا الحكم يمرض — كما يبدو — لحالة يتم فيها الزواج الثاني دون أن يكون هناك حكم بفقد الزوجة الأولى . ويقابل هذا ما جاء في شريعة اللوثرانيين في حالة ما إذا « غاب الرجل واعتقدت زوجته وفاته وتزوجت وحملت ، كان الحمل ابن زنا ونسب إلى الرجل الثاني » (م ٣٠٦ من ابن شمعون) . ومن الواضح أن الزوجة إذا كانت حسنة النية ، إلا أنها لم تحصل على حكم بانبات أن زوجها مفقود ، وبالتالي يظل زواجها الأول قائماً ، فليس لها أن تتزوج بآخر طالما ظل الزواج الاول قائماً لعدم اعتبار الزوج ميتاً حكماً .

هذا عن انحلال الزواج بالموت ، سواء كان الموت حقيقة ، أو حكماً في حالة
المفقود ، والقواعد المتعلقة بآثار وفاة الشخص ، وكذلك المتعلقة بالمفقود ،
هي قواعد عامة موحدة بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين ، وذلك إعمالاً
لنص المادة ٣٢ من القانون المدني ^(١) . وتبعاً لذلك فإنها تسرى على جميع غير
المسلمين من مسيحيين ، ويهود .

على أنه إذا كانت الرابطة الزوجية تنقضي بالموت على النحو السابق ^(٢) ،
إلا أن من الآثار المترتبة عليها ما يظل باقياً حتى بعد وفاة أحد الزوجين . هذه
الآثار ترتب على قيام الزواج نفسه ، كحرمة المصاهرة مثلاً . وفي بعض البلاد
التي تحمل فيها الزوجة اسم زوجها يظل لها الحق في ذلك ، طالما بقيت دون
زواج جديد . . .

(١) أنظر في هذا إهاب حسن اسماعيل : انحلال الزواج في شريعة الإقباط الأرثوذكس
(رسالة من القاهرة ١٩٥٩) ص ٧٢ وما بعدها . وحكم القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية
في ١٣/٦/١٩٥٩ قضية رقم ٩٥٤ لسنة ١٩٥٨ أحوال شخصية ، وقد أشير إليه في المرجع
السابق ص ٧٧-٧٨ .

(٢) كما أن دعوى الطلاق تنقضي بوفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم النهائي بالطلاق
(مادة ٦٠ من مجموعة ١٩٥٥ إقباط أرثوذكس) .

البحث الثاني

انحلال الزواج حال حياة الزوجين

في الشريعة المسيحية

١٥٠ - اختلاف موقف الكنائس في شأنه - تقسيم البحث :

لا يثير انحلال الزواج بالموت أى خلاف بين المسيحيين على اختلاف مذاهبهم ، وذلك على العكس انحلاله بغير الموت ، فن الكنائس ما لا يبيح انفصام الرابطة الزوجية بأية قوة ولا لأى سبب خلا الموت ، ومنها ما يبيح انفصامها حال حياة الزوجين ، على خلاف بينها من حيث التوسع أو التضييق فى الأسباب المؤدية إلى ذلك ^(١) . وقد ساعد على هذا الاقسام تدخل العوامل والظروف السياسية التى مرت بها الكنائس المتناصرة لكل من الاتجاهين . ولهذا نرى أن نعرض فى إيجاز لكل منهما ، والأسانيد التى قام عليها ؛ ونبين الظروف التى ساعدت على هذا الاقسام ، والخلاف بين الكنائس المسيحية ^(٢) .

أما عن الاتجاه الأول فقد أخذت به الكنائس الكاثوليكية . إذ القاعدة عندهم أن الزواج لا ينحل إلا بالموت وهذه قاعدة لا استثناء لها . ولكن الزواج الذى لا ينحل على هذا النحو هو الزواج الصحيح المقرر المكتمل

(١) وقد ظهر هذان الاتجاهان منذ وقت مبكر من تاريخ المسيحية ، وحاول أنصار كل فريق أن يساند رأيه ويقيم الدليل عليه . إلا أن الأمر انتهى بأن ساد كل منهما إلى جانب الآخر ، فريق يرى أنه لا يباح انفصام الرابطة بغير الموت وآخر يرى غير ذلك . ولم يكتب لأى من الرايين التلبة على الآخر على مر العصور المختلفة .

(٢) ومن المفيد أن نشير قبل كل شئ إلى أن هذا الخلاف لم يزل من المبدأ العام الذى ينسب به الزواج فى الشريعة المسيحية من حيث عدم قابليته للانحلال . فقد بقى هذا الأصل قائماً حتى لدى الكنائس التى توسعت فى أسباب انحلال الزواج حال حياة الزوجين .

(ratum et consummatum) الذى حصل فيه الدخول . إذ بالمخالطة الجسدية يصير الزواج سرّاً إلهياً غير قابل للانحلال بأية وسيلة من الوسائل حال حياة الزوجين ^(١) ، حتى ولو في حالة الزنا ^(٢) . وقد استند هذا المذهب إلى أسانيد متعددة وحاول أنصاره تدعيمه بشئى الحجة .

(١) فقد أكدته المجامع الكنسية بصورة واضحة حتى في حالة الزنا ، وضمت قرارات كثير من المجامع على أنه ليس لأى من الزوجين التزوج من شخص آخر ، مادام الزوج الأول حياً ، حتى ولو كان قد ارتكب الزنا . كما قررت أنه إذا كان من الممكن انفصال الزوجين في المضجع بسبب الزنا ، فليس من المباح عقد زواج جديد ، لأن الرابطة الزوجية التى انقضت بينهما رابطة أبدية لا تحل إلا بالموت ^(٣) .

(١) فإذا لم يكن الزواج مكتملاً بالدخول ، أمكن انحلاله في حالات معينة نس عليه القانون الكنسى ، كما سئرى فيما بعد فقرة رقم ١٧٢ وما بعدها .

(٢) ومع ذلك ، فقد وجد من عارض هذا المذهب وأباح انحلال الرابطة الزوجية بسبب الزنا . والواقع أن الكنيسة الكاثوليكية لم تستطع فرض قاعدة عدم انحلال الزواج بتسليم الموت منذ البداية نظراً لتأصل القانون الرومانى في النفوس ، إذ كل يبيع الطلاق . وقد استند كثير من آباء الكنيسة إلى ما جاء إنجيل متى وما أحاط به من غشوش وأباحوا الطلاق بسبب الزنا . إذ بداهم مما جاء في الإصحاح ١٩ عدد ٩ حيث قيل « وأقول لكم إن من طلق امرأته إلا بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزنى ... » أن الطلاق مباح بسبب الزنا .

ومع ذلك فإنه لم يجزىء القرن الثانى عشر إلا وقد راجت فكرة عدم انحلال الزواج في حياة الزوجين ، حتى ولو بسبب الزنا ، ولم يعد هذا المذهب يلقى معارضة نظراً لدفاع الكثيرين من رجال الكنيسة ، كما سئرى ذلك في المتن (أنظر بلانويول وروبيرو وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٦٣) وأنظر في الإشارة إلى من عارضوا المذهب الكاثوليكي De Smet السابق ص ٢٩٦ — ٢٩٧ والهوامش في هذا الصدد) .

(٣) أنظر قرارات المجامع الكنسية المشار إليها في De Smet السابق ٢٨٥ — ٢٨٦ والهوامش . وفي الإشارة إلى ما تقررى في المجمع التريدينى مقال للأب عادل إلهيا بعنوان « هل تسمح الكنيسة بالطلاق » ، الرسالة الخلمية الممد السابق الإشارة إليه ص ٤٩٥ .

(٢) وإلى جانب المجامع الكنسية ، جاءت المراسيم البابوية مؤكدة هذا المذهب . وقد أشار الفقهاء إلى الكثير من تلك المراسيم ، ويبدو مذهب الكرسي الرسولي واضحاً في كمناحه الذي قام به ضد الملوك والأمراء الذين خالفوا مبدأ عدم قابلية للانحلال^(١) .

ومنذ القرون الأولى ، في الوقت الذي لم يكن فيه للكنيسة من الناحية العملية سلطة تنظيم الزواج ، حاول البابوات التأثير على القوانين المدنية وجعلها أقرب شيئاً فشيئاً من التنظيم الكنسي للزواج . كما حاولت الكنيسة كذلك التقليل من حالات الطلاق ، وجعل الحصول عليه أمراً صعباً ، وجعل الآثار المترتبة عليه أكثر جساماً وإرهاقاً . وانتهى إلى نجاحها في حل السلطة المدنية على إقرار مبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال . وهذا ما أقر به خصوم الكنيسة أنفسهم^(٢) .

(٣) ولقد أيد آباء الكنيسة وكتاب القانون الكنسي هذا الاتجاه منذ القرون الأولى ، وإذا كان بعض المؤمنين قد خرج على هذا المذهب في البداية فإن الأمر قد انتهى إلى أن صار مجمعا عليه^(٣) .

(١) أنظر في هذا : المرجع السابق ص ٢٨٧—٢٨٨ والهوامش في هذا العدد . وانظر كذلك من كتفاح الكنيسة في هذا العدد ووقوفها في وجه عطاء العالم مقال الأب عادل إيليا ، المشار إليه في الهامش السابق ص ٤٩٥—٤٩٧ .

(٢) وإذا كان من بين هؤلاء من ذكر بعض أمثلة سمح فيها البابا بانحلال الزواج بالنسبة لكبار الشخصيات والأمراء ، فإن التمسق تلك الأمثلة يكنف عن أنها كانت إما في حالة زواج غير مكتمل ، أو زواج باطل . (أنظر في هذا وفي أمثلة تلك الحالات De Smet السابق ص ٢٩٨ والهوامش) .

(٣) المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٢٩٠—٢٩١ .

(٤) الاسناد إلى ما جاء في الكتاب المقدس : ولقد حاول أنصار مذهب عدم قابلية الزواج المسيحي للانحلال أن يوفقوا بين هذا المذهب وما جاء في إنجيل متى ^(١) حيث يبدو أنه يبيح الطلاق لعلّة الزنا . وفي سبيل التدليل على ذلك يقولون إن من طلق لعلّة الزنا ليس له أن يتزوج ، لأن هذا الطلاق لا يحررها من الرابطة الزوجية بل تبقى هذه الرابطة قائمة ، وأن الطلاق لا يعنى انحلالها وتحرك كل من الطرفين - كما ترى المذاهب الأخرى - بل إنه ينصرف إلى معنى انفصالهما مع بقاء الرابطة ، ويدللون على ذلك بقول الإنجيل إن « من يتزوج مطلقة فإنه يزني » (اصحاح ٥ عدد ٣٣) . كما يدلون على ذلك بما بينه الإنجيل في هذا الصدد من أن شريعة موسى التي أباحت الطلاق لم تكن شريعة مثالية ، وأن نص الإنجيل جاء مميّداً للوضع إلى حالته الأولى ، إذ لم يكن الأمر من البدء هكذا كما قررت شريعة موسى . وأن ماسح به موسى كان من أجل قساوة قلوب اليهود فقط ، وأن الخروج على هذا الأصل ينبغي أن ينتهي ؛ إذ أن ما جمعه الله لا يفرقه إنسان ^(٢) .

ويؤيد هذا الاتجاه كذلك ما ورد في الأناجيل الأخرى ، غير إنجيل متى . حيث يتبين منها بصورة لا استثناء لها أن من يطلق امرأته ويأخذ أخرى يعد

(١) في الإصحاح ٥ عدد ٣٢ والاصحاح ١٩ عدد ٩ .

(٢) أنظر متى الإصحاح ١٩ عدد ٢ وما بعده حيث ورد فيه : « وجاء إليه الفريسيون ليجربوه فاثبت لهم هل يحل فرجل أن يطلق امرأته لكل سبب . فأجاب وقال لهم أما قرأتم أن الذي خلق من البدء خلقها ذكراً وأنثى ، وقال من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسد واحد . إذاً ليسا بعد اثنين بل جسد واحد . فالثاني جمعه الله لا يفرقه إنسان . قالوا له فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق . قال لهم إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم . ولكن من البدء لم يكن هكذا ... » .

زانيا^(١) . ويرى أنصار هذا المذهب أنه ينبغي أن يفسر ما جاء في الأناجيل الأخرى^(٢) ، وأن الزواج لا ينحل في أية صورة من الصور حتى ولو في حالة الزنا ، وأن الطلاق لا يقصد به انحلال الرابطة . ويؤيد هذا التفسير ما جاء في رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنتوس^(٣) حيث يقول « وأما المتزوجون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة زوجها . وإن فارقته فلتلبث غير متزوجة أو لتصلح زوجها . ولا يترك الرجل امرأته » . وقوله في رسالته إلى أهل رومية^(٤) « إن التاموس يسود على الإنسان ما دام حياً . فان المرأة التي تحت رجل هي مرتبطة بالتاموس بالرجل الحي . ولكن إن مات الرجل فقد تحررت من تاموس الرجل . فإذا ما دام حياً تدعى زانية إن صارت لرجل آخر . ولكن إن مات الرجل فهي حرة من التاموس حتى إنها ليست زانية إن صارت لرجل آخر » .

هذا عن المذهب الأول الذي أخذ به الكاثوليك وخلاصته أن الزواج لا ينحل بأي سبب من الأسباب حال حياة الزوجين ، ولو في حالة الزنا . وأن الطلاق لا يعني انحلال الزواج ، بل ينصرف إلى معنى آخر هو التباعد بين

(١) فقد جاء في انجيل مرقس (اصحاح ١٠ عدد ١١ - ١٢) « ... من طلق امرأته وتزوج بأخرى يزني عليها . وان طلقت امرأة زوجها وتزوجت بأخر تزني » . وجاء في انجيل لوقا (اصحاح ١٦ عدد ١٨) « كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزني . وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزني » .

(٢) أنظر تفصيلاً لهذا الموضوع في De Smet ، السابق ص ٢٩٣ - ٢٩٥ .

(٣) اصحاح ٧ عدد ١٠ و ١١ .

(٤) اصحاح ٧ عدد ١ الى ٣ .

الزوجين في المعيشة مع بقاء الرابطة نفسها ، وهو ما عرف في المعنى الاصطلاحي ،
بالانفصال الجسائي ^(١) .

أما عن الاتجاه الثاني فقد ساد في الكنائس الأرثوذكسية بصفة عامة
على خلاف بينها من حيث التوسع أو التضيق في أسباب انحلال الزواج ، كما
أخذت بهذا الاتجاه كذلك الكنائس البروتستانتية ^(٢) . وقد ساد هذا الاتجاه
الثاني في الكنائس الشرقية ، وكانت الكنيسة البيزنطية من أكثر الكنائس
الشرقية توسعاً في أسباب الطلاق ، فأباحته لأسباب كثيرة . وسارت الكنائس
الأخرى على هذا التوسع بصور متفاوتة ^(٣) .

وقد استندت الكنائس الشرقية إلى ما جاء في إنجيل متى في شأن الطلاق

(١) ويضيف الفقه الى ذلك أسباباً أخرى لتأييد فكرة تأييد الرابطة الزوجية : أنظر
De Smet السابق ص ٢٩٥ وما بعدها . وأنظر كذلك مقال الأب هادل إيليا سالف الذكر
والأسانيد التي ساقها في هذا الصدد ، الرسالة المخصصة ، العدد السابق ص ٤٩٨ وما بعدها .
وأهاب اسماعيل : رسالته السابقة ص ٨٦ - ٨٨ .

(٢) كان لانشقاق البروتستانتية في بداية قيامها عن الكاثوليكية أثره من حيث تأثرها
بالكثير من أحكام الكاثوليك : ولقد تفرع البروتستانت الى فرق ومذاهب فام بينها الخلاف
نظراً لقيامها على حرية البحث وفهم ما جاء بالإنجيل . وقد كان لهذا أثره في اختلاف نظر
أنصار المذهب البروتستانتي إلى الطلاق . ففهم من لا يبيعه بصورة مطلقة . ومنهم من يبيعه
في حالة الزنا استناداً إلى ما جاء في إنجيل متى ، في الآيات السابق الإشارة إليها . ومنهم من
يبيعه كذلك في حالة خروج أحد الزوجين عن الديانة المسيحية باعتبار ذلك زناً روحياً . وقد
أخذ البروتستانت عندنا بهذا الاتجاه الأخير وأباحوا الطلاق بسبب الزنا والمخرج عن الديانة .
كما كان للمذهب الكاثوليكي أثره كذلك في الاختصاص بنظام الانفصال الجسائي الى جانب الطلاق .
(أنظر جميل الشرفاوي : انحلال الزواج في حياة الزوجين وأسبابه في التشريعات الأوروبية
مجلة القانون والاقتصاد المبدآن الثالث والرابع من السنة ٢٨ فقرة ٧ من ٢٣٨ - ٢٤١ .
حملي بطرس : مذكراته السابقة ص ١٢٩ - ١٣٢ وكذلك De Smet السابق ص ٢٩٩
(٣) أنظر في هذا : دوفيليه ودوكليرك : الزواج في القانون الكنسي الشرقي ، السابق
ص ٨٥ وما بعدها .

٥٩ م لأحوال

ورأوا أن المقصود به هو انحلال الزواج بصورة نهائية ، لا انفصال الزوجين في المعيشة قطع مع بقاء الرابطة ، كما يذهب إلى ذلك أنصار المذهب الكاثوليكي . فبعد أن أعدم القابلية للانحلال ليس مبدأ عاما وإنما يرد عليه استثناء في حالة الزنا طبقا لما جاء في إنجيل متى . وهذا هو التفسير الذي أخذ به رجال الكنيسة ، وهو الذي ساد في الكنائس الشرقية بصفة عامة . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل إنهم رأوا أن إباحة الطلاق بسبب الزنا ليس إلا مثالا يقاس عليه في كل الحالات الأخرى التي تشبهه ، والتي ينبغي اعتبارها كذلك ، نظراً لخطورتها . ولذلك تعددت أسباب الانحلال بشير الزنا وأخذت تزداد كلما مر الزمن^(١) .

وإذا كان انحلال الزواج بسبب الزنا ، بل وفي الحالات الأخرى الخطيرة قد وجد من دافع عنه من آباء الكنيسة ، منذ وقت مبكر ، فإنه قد وجد من دافع عن هذه الفكرة في الكنائس الشرقية بصفة عامة ، كما قررتها كذلك المجامع الكنسية .

ولعل من المفيد أن نشير إلى ما ذكره البعض في هذا الصدد ، إذ يرون أن « إباحة الطلاق لسبب أو لآخر ، يجب أن ينظر فيها إلى صالح المجتمع ، في ظروفه ووضع الحال . وأن المسيح وإن حرم الطلاق من حيث المبدأ ، واعتبره أمراً مخالفاً لسنة الله في الزواج الذي قصد أن يكون الزواج علاقة دائمة ومقدسة ، إلا أنه أباحه حيث ينتق عن الزواج وصف القداسة ، فيصبح أحد الزوجين عبداً

(١) أنظر المرجع المشار إليه في الهامش السابق ص ٨٥ - ٨٦ . وانظر كذلك : اهلب - إسماعيل : الرسالة السابقة ص ٨٩ .

فقد أخذت الكنائس الشرقية بتفسير ساد في الشرق للنصوص الواردة في إنجيل متى في شأن إباحة الطلاق بسبب الزنا : وقد أخذ البيزنطيون برأى St. Basile في هذا الصدد . ثم قبلت الكنائس الشرقية أسباباً أخرى لطلاق غير الزنا .

لشهوته وفساد طبعه وقسوته . لأن بقاء الزوجية في هذه الحالة قبيح بأن يصبح من عوامل هدم المجتمع بدلاً من أن يكون من عوامل البناء فيه . ولا يقال إن المسيح حدد الصورة الوحيدة التي ينتفي فيها عن الزواج وصف القداسة - وهي الحياة الزوجية - فلا يجوز الخروج على أقواله ، وإلا لوقعنا في الخطأ الذي وقع فيه كثيرون من اللاهوتيين وهو تفسير أقوال المسيح بذات الطرق التي يفسر بها التشريع . وقد سبق أن رأينا أن المسيح لم يكن فيما يتناوله من مبادئ الدين والدنيا مشرعاً يضع قواعد ملزمة للمجتمع ، إنما كان نبياً يرسم للمجتمع صورة الكمال الإلهي ، ويطلب من البشر أن يحاولوا بلوغ هذا الكمال ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً . فاذا قصرت قدرتهم البشرية المحدودة عن بلوغه ، فلا جناح عليهم إذا هم نظموا علاقاتهم بما يتفق وصالح المجتمع الذين يعيشون فيه ...^(١) » .

هذا عن الاتجاه الثاني ، ومنه يتبين أن أنصاره لا يرون إمكان الطلاق في حالة الزنا وحدها ، بل وأيضاً في حالات أخرى .

أساس انقسام السكتائس حول هذا الموضوع : على أنه إذا كان كل فريق - سواء من أنصار المذهب الأول أو المذهب الثاني - قد حاول الدفاع عن مذهبه ، فإنه لم يكتب لأى من الاتجاهين الفوز والغلبة على الآخر . بل بقي أنصار كل منهما يحاولون تبرير وجهة نظرهم ، فظل الانقسام قائماً . والواقع أن سر انقسام الكنيسة الغربية والكنيسة الشرقية حول هذا الموضوع إنما

(١) حلى بطرس : السابق ١٢٨ بالهامش وانظر كذلك ما جاء بالهامش نفسه من ١٢٩ . وانظر في هذا المعنى كذلك : اهلل اسماعيل ، رسالته ، ص ٨٩ والمرجع المشار اليه في الهامش رقم ٥ .

يرجع ابتداء وبقاء إلى أسباب وظروف سياسية واجتماعية أكثر منه إلى أسباب دينية .

قد كانت الكنائس الشرقية بصفة عامة خاضعة لنفوذ الحكام الرومان في الدولة الرومانية الشرقية ، الذين جعلوا من أنفسهم حماة للكنيسة ، وإن كانوا قد نظروا إليها على أنها جهة من جهات الدولة ، وبذلك خضعت للسلطة الزمنية ، ولم تستطع الوقوف في وجه القوانين المدنية . وقد كانت الكنيسة تحاول التوفيق بين مبادئها وبين القوانين الوضعية عندما يثور التعارض بينهما . وفي كثير من الأحيان كانت تجعل من القوانين الوضعية مبادئ كنسية إذا اقتضى الأمر ، كما حدث بالنسبة للطلاق . فقد كانت أسبابه متعددة في القانون الروماني ، ولم يستطع الأباطرة التقليل من أسباب الطلاق نظراً لتأصلها في النفوس . وانتهى الأمر إلى أن قبلت الكنيسة القانون الوضعي ، في هذا الصدد ، ولم تقصر الطلاق على حالة الزنا وحدها ، بل أدخلت أسباباً أخرى . يظهر فيها أثر القانون الروماني ، إذ رأت الكنيسة أن ما جاء في انجيل متى من حيث إباحة الطلاق بسبب الزنا لا يعد السبب الوحيد للطلاق ، وأنه تطبيق على سبيل المثال للأسباب التي يقرها القانون المدني . وانتهى الأمر إلى إقرار الكنيسة البيزنطية لأسباب متعددة للطلاق ، إن لم يكن من الناحية الرسمية ، فعلي الأقل من الناحية العملية^(١) .

وقد أخذت الكنائس الشرقية بأسباب الطلاق على خلاف بينها من حيث

(١) أنظر في تمدد أسباب الطلاق وتطورها مع ازديادها على مر الوقت : دونيليه ودوكليرك : الزواج في القانون الكنسي الشرق ، المرجع السابق ص ٨٥ - ٩١ .

«التوسع أو التصيق» كما قدمنا ، وسارت الكنيسة المصرية على هذا الطريق كذلك من ناحية الأخذ بأسباب متعددة للطلاق^(١) .

وإذا كانت الكنائس الشرقية قد تأثرت بالقوانين الوضعية في تعدد أسباب الطلاق وأقرتها على هذا النحو ، فإنه ينبغي أن يراعى أن الطلاق الذى أباحته تلك الكنائس إنما هو الطلاق الذى يتم عن طريق الكنيسة ، وليس الطلاق الذى يتم بإرادة أحد الزوجين .

أما في الغرب ، فقد اختلف الوضع عن ذلك . لأنه إذا كانت الكنيسة الشرقية قد خضعت لسلطة الأباطرة ، بحيث كان الامبراطور رئيساً للدولة والكنيسة معاً ، فإن الكنيسة الغربية قد ظلت مستقلة لا تخضع للسلطة الزمنية ولهذا استطاعت دائماً تغليب وجهات نظرها ، وتمكين مبادئها دون أن تصطدم بالسلطة الزمنية . وما لبثت الكنيسة الغربية أن استأثرت في وقت ما بالسلطة التشريعية والقضائية ، وخاصة في مسائل الزواج . وساعدها على ذلك ضعف السلطة الزمنية نظراً للظروف السياسية التى مرت بها الامبراطورية

(١) أنظر في ذلك لدى الكنائس المختلفة : المرجع المشار إليه في المباحث السابق : من ص ٩٢ وما بعدها حتى ص ١٢٢ . وقد أشير إلى موقف الكنيسة القبطية نقلاً عما أورده ابن الصال في ص ١٠٧ - ١١٠ .

والأسباب التى أخذ بها الشرقيون صفة عامة مأخوذة من مجموعة جستيان وهى تنقسم إلى طائفتين : طائفة أولى من الأسباب تؤدى إلى الطلاق *cum damno* ، أى بجزاء جنائى لاحق يوقع على الزوج المخطئ . ويدخل تحت هذه الطائفة : جريمة الخيانة ضد الوطن ، والاحتداء على حياة الزوج الآخر ، والزنا ، وعدم الاخلاص الجزئى المؤدى إلى الشك والريبة ، والاحشاء المقصود والطائفة الثانية تؤدى إلى الطلاق *bona gratia* أى الطلاق الذى لا يلحق بجزاء ، ويدخل تحت هذه الطائفة : السجر الجنسى ، وجنس الزوج ، وهروبه سراً ، والجنون ونحوه ، والجهل ، والقدام . . . (De Smet) السابق ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

الغربية . وإزاء هذا النفوذ المتزايد للكنيسة تمكنت من تقليب وجهة نظرها في
جمل الرابطة الزوجية رابطة مؤبدة ، وجملت من هذا مبدأ عاما تدين به الكنائس
التابعة لها .

وإذا كان الاقسام على هذا النحو قد تم بين الكنيسة الغربية والكنيسة
الشرقية ، فان الأمر انتهى ، كما بينا ، إلى أن امتد هذا الخلاف فأصبح يشمل
أنصار المذهب الكاثوليكي من جهة وأنصار المذهب الأرثوذكسي والبروتستانتي
من جهة أخرى . فأصبحت الكنائس الكاثوليكية^(١) ترى أن الزواج رابطة
مؤبدة وليس هناك من سبيل إلى انحلاله إلا على الصورة التي أقرها من حيث
إمكان الانفصال الجسماني فقط بين الزوجين ، وهو نظام يترتب عليه عدم إنهاء
الرابطة وإن كان يوقف آثارها فقط ، وأصبحت الكنائس الأرثوذكسية ،
بصفة عامة ، والبروتستانتية ترى إمكان انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين
بالتطليق في حالات معينة .

ولهذا نرى أن نعرض لموقف الكنائس المختلفة من هاتين الناحيتين ،
فنعرض أولا لانحلال الرابطة الزوجية بالتطليق لدى الكنائس الأرثوذكسية
والبروتستانتية ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الانفصال الجسماني لدى المذهب
الكاثوليكي والمذاهب الأخرى التي تأخذ به إلى جانب الطلاق .

(١) في الغرب والشرق . وقد نصت الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية
بصفة عامة على هذا ، وجاء في المادة ٩٩ أنه « ينشأ من الزواج الصحيح فيما بين الزوجين وثاق
هو بحكم طبيعته دائم » . وجاء في المادة ١٠٧ منها أن الزواج الصحيح المقرر المكتبل
« ratum et consummatus » لا يمكن حله بأية سلطة بشرية ولا بأي سبب كان ، خلا الموت .

المطلب الأول

انحلال الزواج بالتطليق

١٥١ - الطلاق والتطليق^(١) - تقسيم البحث : يبرر بالطلاق عن حق إنهاء الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة دون تدخل من المحكمة . وهذا هو المعنى الذى يعطى فى الشريعة الإسلامية لفظ الطلاق . ولكن الشريعة المسيحية لا تعرف الطلاق على هذا المعنى ، فلا يصح لأحد الزوجين أن ينهى العلاقة الزوجية بارادته المنفردة . ومن جهة أخرى ، فإن هذه الشريعة لا تجيز للطرفين الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية ، أى لا تجيز إنهاء الرابطة بالتراضى بين الطرفين ، وهذا أمر لا خلاف فيه لدى الطوائف المسيحية . وإنما يتعين دائماً تدخل السلطة القضائية ، حتى ولو وجد سبب من أسباب التطليق التى تقرأها الشرائع الطائفية المختلفة^(٢) . فلا يكفي أن يرى الطرفان أن سبب الطلاق قد توافر ؛ ويتفقان تبعاً لذلك على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما ، وإنما يتعين حتى فى هذه الحالة الاتجاه إلى القضاء ، لى يقرر ما إذا كان السبب متوافراً أم غير متوافر . إذ لو أتيح للطرفين الاتفاق على التطليق ، لسهل عليهما الأمر فى الادعاء بأى سبب صورى لى يتوصلا بذلك إلى إنهاء الزواج ، وقد لا يكون هناك سبب فى حقيقة الواقع . وقد جاءت هذه القاعدة منذ وقت مبكر فى تاريخ القانون الكنسى . فحينما أباح رجال الكنيسة انحلال الزواج استزموا أن يتم

(١) أنظر فى عدم التفرقة بين الطلاق والتطليق فى ظل الشريعة الإسلامية ، محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٥/٢/١٩٥٩ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٥٩ .

(٢) وإذا قلنا إنه لا يصح للزوجين الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية دون تدخل القضاء حتى ولو فى حالة من الحالات التى يجوز فيها التطليق ، فإنا لا نقص بهذا فى مسألة أخرى غيرها =

ذلك على يد السلطة الكنسية المختصة ، وبحكم يصدر منها^(١) . فقد اعتبروا أن الزواج رابطة مقدسة ، وسر من الأسرار الكنسية ، وأن الإرادة الإلهية تتدخل في انعقاده ، إذ يتم على يد رجل الدين . ولهذا فإنه لا يصح أن يترك حل هذه الرابطة لإرادة البشر ، ولابد من إتمامها أمام الكنيسة . وهذا هو ما يعبر عنه بالتطليق .

وقد أقرت المجالس الكنسية هذه الوجهة . ففي مجمع القبة (Goncile in Trulle ، سنة ٦٩١) ، تقرر أن الرجل لا يستطيع أن يترك زوجته ، وإنما

== البعض عند الكلام على أسباب التطليق (أنظر : إهاب : اسماعيل ، رسالته ص ٢٢٧ وما بعدها) إذ لم يفرقون بين هذه الحالة وبين مسألة الاتفاق كسب من أسباب التطليق دون استناد إلى سبب آخر لتطليق . وهذه مسألة لا نعتقد أن الشرائع المسيحية ، تقرها في ذاتها حتى ولو اتفق الطرفان على التطليق وترأضا إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك ، لأن هذا يتناقض مع حصر أسباب التطليق الذي تأخذ به الشرائع الطائفية . وإذا تفحصنا ما ساقه من يرون الاتفاق سبباً من أسباب التطليق رأينا أنهم يميلونه كذلك متى كان هناك سبب آخر كمن وراؤه ، كالنفور بين الزوجين عند عدم وجود أمل في التوفيق في إعادة الحياة الزوجية ، أو أن الفرقة قد طالت بين الطرفين وأصبحت الحياة مستحيلة ، والتجأ كل منهما إلى شتى وسائل الإيذاء وهذا ما يجعلنا ننقل إلى الفكرة التي نقول بها وهي أنه لا يصح التطليق بالاتفاق دون الالتجاء إلى القضاء حتى ولو وجد سبب من أسباب التطليق .

والواقع أنه لا يصح المعاكس أن تأخذ من اتفاق الطرفين على التطليق قرينة على قيام أي سبب من أسبابه ، ما لم يثبت لدينا خلاف قيام مثل هذا السبب ، وبذلك يكون التطليق على أساس هذا السبب نفسه لا على أساس الاتفاق ، وإلا لأدّى بنا هذا إلى التوسع في حالات التطليق والمحكم به كما اتفق الطرفان عليه ، وقد يكون ذلك لمجرد نزوة من الزوجات . ولقد كان الطلاق بالاتفاق المتبادل *consentement mutuel* بين الزوجين مباحاً في القانون المدني الفرنسي ولكنه كان مقيداً بقيد من شأنه السبل على الإقلاق منه بقدر المستطاع ، واتسم الأمر إلى إنجائه بقانون في ٢٧ يوليو ١٨٨٤ - (أنظر في هذا : بلانيول وريبيرو بولانجي ، السابق مقرة ١٠٧٩ ص ٣٩٤ - ٣٩٥) .

وتتمس القواعد الخاصة ببعض الطوائف على هذا مراعاة . من ذلك ما تقتضيه المادة ٣٧ من مجموعة الأرمين الأرثوذكس إذ تقرر أنه : « يحرم على الزوجين أن يفتقا ما على الطلاق وكل سبب يتخذ الزوجان لتعاين على هذه القاعدة يكون مرفوضاً » . (١) أنظر مع ذلك : إهاب اسماعيل : رسالته ، هامش ١ ص ٩٤ .

يتعين لفصم عرى الزوجية أن يصدر بذلك حكم قضائي^(١). وفي مجمع القسطنطينية (٩٢٠) صار هذا لأمر مؤكداً ، وأصبح لابد من إتمام الطلاق - في الحالات التي يباح فيها - على يد الكنيسة^(٢).

وإذا كانت الكنيسة قد استلزمت أن يتم التطلق أمامها على هذا النحو ، ولم تتصرف بالحلل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق ، فإن هذه القاعدة قد نص عليها في المجموعات الخاصة بالطوائف ، وظل معمولاً بها .

وقد رسمت مجموعة الأقباط الأرثوذكس السبيل الخاص بإجراءات الطلاق . وبينت كيفية الحصول على حكم به . كما استلزمت الطوائف الأخرى التي تبيح الطلاق ضرورة الحصول على حكم به ، مما يفهم منه أنه لا يصح بالإرادة المنفردة ، كما لا يصح بالاتفاق المتبادل دون التجاء إلى القضاء^(٣).

(١) دوفليه ، ودوكيرك ، الزواج في القانون الكنسي الشرقي ، السابق ص ٩٠ .

(٢) أنظر أهاب إسمايل : رسالته ، ص ٩٩ وهامش ٥ .

وهذا ما تم كذلك بالنسبة للاتصال الجسدي لدى المذهب الكاثوليكي ، إذ كان من اللازم أن يصدر به حكم من الجهة القضائية المختصة ، وهي الكنيسة ، وقد أقرت المجامع هذه القاعدة منذ زمن بعيد ، تأسيساً على أنه كان من اللازم التحقق من قيام سبب من أسباب الانقصال التي تفرها الكنيسة . ومنذ ذلك الحين روعيت هذه القاعدة وامتدت إلى التطلق بالمنى المتيقن في البلاد التي أباحت الطلاق كفرنسا ، إلا أن الاختصاص قد صار للمعالم السادة لا للكنيسة (أنظر بلانويول وريبير وبولانجي ، السابق ، فقرة ١٢١٤ ص ٤٤١) .

(٣) أنظر المواد ٥٤ وما بعدها و ٥٩ وما بعدها من مجموعتي ١٩٠٥ و ١٩٢٨ للاتقباط الأرثوذكس ، وانظر المسألة ٣٥ من الخلاصة القانونية حيث تقرر : « اعلم أن الطلاق ممنوع في العرمة المسيحية » فليس للانسان أن يطلق امرأته بمجرد اختياره . أو يوافقها بحسب إظهاره . وإنما الزيجة ما عدا انحلالها بالموت » على ما سيذكر في محله ، تنسخ أيضاً بأسباب وضعية شرعية ستذكر هنا ، بحيث لا يعتبر النسخ شرعياً حكماً ، ما لم ينظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعي الروحي المتصرف في ذلك ، ويوقع الحكم بالنسخ رسمياً بناء على ما يثبت من التحقيق . . . « ومن هذا النص يتبين لنا أن من اللازم عرض النزاع على الحاكم الشرعي الذي يثبت له الاختصاص - وإذا ما تحقق من قيام السبب الموجب لطلاق قضى به . =

وقد استقرت أحكام المحاكم عندنا على هذا المعنى ، قررت أنه لا يباح للزوج المسيحي حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ، كما لا يباح حلها كذلك عن طريق تراضى الطرفين . إذ أن الزواج من الأسرار الكنسية ولا يحل إلا بحكم من القاضى لأسباب واردة على سبيل المحصر ، وليس من بين هذه الأسباب حل الرابطة بالاتفاق ؛ فالزواج نظام قانونى ، والقواعد التى يتكون منها هذا النظام قواعد أمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها^(١) .

نخلص مما سبق أن الرابطة الزوجية فى الشريعة المسيحية لا تنحل إلا عن

= وانظر كذلك ما تنس عليه المادة ٦ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس من أنه « لا يحكم بالطلاق إلا للأسباب الواردة فى هذه اللائحة » ويصدر بحكم قضائى لاجتماع فيه . وكذلك المادة ٢٧ لوهن حيث تنس على أنه « يحرم على الزوجين أن يتفقا معاً على الطلاق . وكل سبب يتخذ الزوجان لتعاين على هذه القاعدة يكون مرفوضاً » . وكذلك المواد ٣٠ وما بعدها بالنسبة لاجراءات الحصول على حكم بالتطليق . وجاء فى المادة ٥٦ من مجموعة **السريان** أنه لا يجوز فسخ الزواج كيفما اتفق « إن لم يكن لأسباب شرعية أو طبيعة تثبت لدى المحاكم الشرعية » .

وتنس المادة ١٨ من القواعد الخاصة **بالأنجليكان** على أنه : « لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس السوى فى الحالاتين الآتيتين . . » .

(١) أنظر الأحكام الصادرة من محكمة استئناف القاهرة فى هذا الصدد ، وأوردها رفض خفايى ، ورايى لطيف ، المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها رقم ٦ و ٧ و ٨ . وكذلك ص ١٢٨ وما بعدها من رقم ١ - ١٢ . وكلها أحكام حديثة . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٥/٢١ المجموعة الرسمية ص ٨٠ عدد ٣ و ٤ رقم ٤٥ .

كما قضى فى هذا الصدد أيضاً أن الطلاق الذى يوقضه الزوج على زوجته بمقتضى إظهاره شرعى يقع باطلاً لصدوره ممن لا يملك إيقاعه . ومن ثم يكون مثل هذا الإظهار عديم الأثر ولا يترتب عليه انحلال الزوجية . (أنظر محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٣ - ٢ - ١٩٥٨ رقم ١٧٧٨ ص ١٩٥٦) خفايى ورايى ، السابق ص ١٢٩ رقم ٦ . محكمة المحلة الجزئية للأحوال الشخصية فى ٢٠ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ١٤ لسنة ١٩٥٦ .

طريق حكم تصدره المحكمة في دعوى يرفعها أحد الطرفين ، وذلك بسبب من الأسباب التي تبيح حل هذه الرابطة ، وهي أسباب محصورة لدى الطوائف المختلفة التي تبيح ذلك ، كما قدمنا . وهذا هو ما يعبر عنه اصطلاحا بالتطليق divorce ؛ فالتطليق هو حل الرابطة الزوجية عن طريق المحكمة وذلك بسبب من الأسباب التي تعترف بها الشرائع الطائفية^(١) .

هذا ، ولما كانت الحالات التي يقضى فيها بالتطليق حالات محدودة لدى الطوائف المختلفة في المذهبين الأرثوذكسي والانجيلي ، فإننا نعرض لها بالبيان . وإذا ما انتينا من الكلام عن أسباب انحلال الزوجية أو أسباب التطليق ، كان علينا أن نتكلم بعد ذلك عن الآثار المترتبة عليه .

(١) ويكون التطليق في الزواج الصحيح ، وهو بذلك يختلف من البطلان - (انظر ما سبق أن بيناه في هذا المصدد ' فقرة ١٣١ ص ٦٤١ من هذا المؤلف) .

ولهذا فانه يجب أن يراعى أن اصطلاح « الطلاق » في الشريعة المسيحية إنما يستعمل استعمالا غير دقيق « فالطلاق » ينصرف إلى إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة . أما التطليق فانه ينصرف إلى إنهاؤها عن طريق القضاء ، وهذا هو الوضع في الشريعة المسيحية .

الفرع الأول

الحالات التي تنحل فيها الرابطة الزوجية

(أسباب التطلق)

تمهيد

١٥٢ - الخلاف حول هذه الأسباب ، ورودها على سبيل المحصر . لا يباح انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين إلا لدى المذهبن الأرثوذكسى والبروتستانتى . ومع ذلك قد رأينا فيما سبق أن الخلاف قد ثار حول الحالات التي يباح فيها انحلال الرابطة الزوجية ، وأن الاتجاه الغالب لا يقصره على حالة الزنا وحدها ، بل يباح انحلال الزواج في حالات أخرى ، استناداً إلى المصادر المختلفة للقانون الكنسى^(١) .

وإذا كان المذهب البروتستانتى يجعل من الزنا ومن الخروج عن الديانة المسيحية سببين لانحلال الرابطة الزوجية عن طريق التطلق ، فإن الطوائف الأرثوذكسية المختلفة لم تتفق فيما بينها حول الأسباب التي تنحل فيها الرابطة الزوجية في غير حالة الزنا ، إذ منها ما يتوسع في بيان تلك الأسباب ومنها ما يضيق . ولكن مما لا جدال فيه أن جميع الطوائف لا تبيح انحلال الزواج بالتطلق إلا في حالات محددة محصورة ، لأن هذا هو ما يتفق وخصائص الزواج المسيحى من حيث اعتباره رابطة أبدية . فالأصل أنه لا ينحل إلا بالموت ، وإذا أبيع الخروج على هذا الأصل ، فلا يكون ذلك إلا في حالات خطيرة

(١) أنظر ما سبق عند كلامنا على ما يعتبر شرية لدى غير المسلمين من ١٢٤ وما بعدها .

تبدو فيها الضرورة ماسة للخروج على هذا الأصل ، ولذلك قدر الضرورة بقدرها . وهذا يستتبع عدم إمكان إنهاؤه إلا في الحالات التي يرى فيها الخروج على الأصل العام ، كما يستتبع كذلك عدم إعطاء الزوجين الحق في هذا الإنهاء بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق ، كما قدمنا^(١) . ومن ناحية أخرى يترتب على اعتبار الحالات التي تنحل فيها الرابطة الزوجية خروجاً على الأصل العام ، أنه لا يمكن الخروج على ما قرره الشرائع الطائفية في هذا الصدد ، كما أنه في الحالات التي يباح فيها انحلال الرابطة لا يصح التوسع في تفسيرها أو القياس عليها ، باعتبارها واردة على خلاف هذا الأصل^(٢) .

١٥٣ — استبعاد التطلق في غير الحالات المحددة - استبعاده للاعسار ، وكبر السن ، والعقم . ولهذا رفضت المحاكم طلب التطلق خارج الحالات التي أوردتها القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية . من ذلك مثلاً ما جاء بالنسبة للأقباط الأرثوذكس من رفض التطلق للاعسار ، إذ الإعسار لم يرد بين أسباب التطلق في شريعة هذه الطائفة ، فضلاً عن أنه أمر طارئ قد يزول في أي وقت

(١) وهنا تبدو فكرة الزواج كنظام قانوني واضحة (أنظر بلانول وريير وبولانجي فترة ١٠٧٨ و ١٠٧٩ ص ٣٩٤ - ٣٩٥) .

(٢) أنظر في هذا المعنى حكماً لمحكمة الميزة الكلية في ٢٢ - ١٠ - ١٩٥٧ رقم ٦ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) . وقد جاء في هذا الحكم : ان الحالات التي يباح فيها الطلاق ، وإن كان رجال الشريعة المسيحية قد توسعوا في أسبابها تمثيلاً مع ظروف العصر ومتغيرات الأحوال إلا أنهم رغم ذلك قد ضيقوا في هذه الأسباب ، بحيث ذكروها على سبيل المحصر لتساير روح الشريعة التي تدعو إلى توطيد الحياة الزوجية واعتقرارها ببقائها سليمة نقيّة . وأنظر كذلك للمحكمة نفسها حكماً في ١١ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، وفي ٢٢ - ١ - ١٩٥٧ رقم ٤ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) . . وأنظر كذلك استئناف القاهرة في ٦/٥/ ١٩٥٦ رقم ١٢٩ ص ٧٣ ق . صالح حنفي ٢ رقم ٥٩٤ ص ٤٥٣ .

يزوال سببه ، كما أن من المفروض أن تشارك الزوجة زوجها في السراء والضراء ^(١) .

كما رفض القضاء كذلك اعتبار محرم السن سبباً من أسباب التطلاق ، ذلك أنه إذا كانت القواعد الدينية قد وضعت حداً أدنى للسن لا يصح الزواج قبل بلوغه ، إلا أنها لم تنص على حد أعلى لسن الزواج ، فيجوز للمرأة وللرجل أن يتزوجا مهما تقدم بهما السن . هذا فضلاً عن أن التفاوت في السن لم يرد ضمن أسباب التطلاق ^(٢) .

وتحديد أسباب التطلاق لدى الطوائف التي تبيحه هو الذي أدى كذلك إلى رفض أغلبية أحكام المحاكم التطلاق بسبب العقم ، لأنه لم يرد كسبب من أسباب التطلاق في شرائع تلك الطوائف ^(٣) . ولهذا الانحياز في الشرائع الطائفية

(١) أنظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٧ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٦ وكذلك في ٧ - ٥ - ١٩٥٧ رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٦ (غير منشورين) . والقاهرة الابتدائية في ٢١ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ١١٠٣ لسنة ١٩٥٦ أشار إليه إهاب اسماعيل في مؤلفه السابق ص ٢٠٨ ورسائله فقرة ٦٢ ص ٢٤٥ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة في ١٥ - ٥ - ١٩٥٧ قضية رقم ٢٦ ص ٧٤ ق . وانظر أحكاماً أخرى من المحكمة نفسها وردت في مجموعة خفاجي ورابع ص ١٣٣ - ١٣٤ . وانظر كذلك الأحكام التي أشار إليها إهاب اسماعيل في مؤلفه السابق ص ٢٠٩ ورسائله ص ٢٤٤ . واستئناف القاهرة في ٦ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٢٩ ص ٧٢ ق صالح حتى ٢ رقم ٥٩١ ص ٤٥٢ .

(٣) أنظر الأحكام التي أشرنا إليها من قبل ص ٥٠٦ هامش ٣ وكذلك محكمة استئناف القاهرة في ١٦ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٢٠ ص ٧٢ ق ، وفي ٦ - ٦ - ١٩٥٦ رقم ١٢٩ ص ٧٢ ق مشار إليها في مجموعة خفاجي ورابع ص ١٣٣ . وكذلك المحكمة نفسها في ٢٨ - ٥ - ١٩٥٩ أوردته إهاب اسماعيل في رسالته ص ٢٢٥ هامش ٢ . وكذلك حكماً في ١٢ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ١٢٠ ص ٧٢ ق في صالح حتى جزء ٢ رقم ٥٩٧ ص ٤٥٥ .

سنده في الكتاب المقدس ، إذ يبين من الأمثلة الواردة به أنه لا توجد قاعدة تقول بأن أحد الزوجين أو كليهما عاقر . فقد أشار الكتاب المقدس إلى حالات استمرت فيها الحياة الزوجية دون أن ينبج الزوجان ذرية ، ثم رزقا بها بعد ذلك ^(١) .

ومع ذلك فقد وجدت بعض أحكام تبيح التطلق بسبب العقم على أساس

= وانظر كذلك أحكام المجالس المليية المشار إليها في الرسالة السابقة ص ٢٢٠ هامش ٢ .
ومحكمة بنها الابتدائية في ٣١ - ١٠ - ١٩٥٦ رقم ٨٦ ص ١٩٥٦ كلى .

وانظر أيضاً حكم محكمة استئناف الاسكندرية في القضية رقم ٨ بالجدول العمومي لسنة ١٩٥٩ في ٢٢ أبريل من تلك السنة . وقد رفض الحكم الأخذ بالعقم كسبب من أسباب التطلق لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس . وجاء فيه إن الطلاق محرم في شرعة الأقباط الأرثوذكس إلا في حالات خاصة جاءت على سبيل المحصر ولم يكن العقم من بين تلك الحالات التي أجازوا فيها حل عقد الزواج . وصرح ذلك عندم بأن الذرية هبة من عند الله لا يعلم متى يمنحها لعباده . وقد شاع هذا المبدأ غالبية المجالس المليية الفرعية للأقباط الأرثوذكس وقطع به المجلس الملي العام فيما عرض عليه من منازعات سابقة . وبذلك أصبح عرفاً مستقراً وقاعدة معمولاً بها . كذلك ذهبت غالبية المحاكم بعد إلغاء المجالس المليية إلى أن التطلق غير جائز على أساس العقم . ولم يخرج على هذا الرأي سوى القلة من الأحكام والشرائع فقالوا بجواز حل عقده الزواج إذا ما ثبت العقم لدى أحد الزوجين بالبيئة الطبية الشرعية المتمدنة . وهو رأي حرجوح مناف لقانون ، لا سند له في الإنجيل ولا في فقه الشرعة عند الأقباط الأرثوذكس ، ولم تقل به مجامعهم الكنسية . ولم يجر به عرف عندم . ومن حيث أنه لما تقدم وللأسباب التي ساقها محكمة أول درجة (وهي أيضاً لم تقض بالتطلق للعقم) يكون الحكم المستأنف قد أصاب وجه الحق وتبين الحكم بتأييده ، (الحكم المستأنف صادر في ١١ نوفمبر ١٩٥٨ في القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٨ كلى دمنهور ، أحوال شخصية) .

(١) أنظر ما جاء به سفر التكوين : الإصحاح ٢١ الآية ٢ . وسفر صموئيل الأول : الإصحاح الأول . وإنجيل لوقا : الإصحاح الأول وخاصة الآيات ٣٦ و ٣٧ .

وقد أورد إهاب اسماعيل في رسالته إشارة إلى بعض الكتابات القديمة في أحد المخطوطات التي تؤيد هذه الوجهة وعدم إدخال العقم في الاعتبار بصفحة ٢١٨ (هامش ١) من رسالته .

عدم تحقق غايات الزواج بانجاب الأولاد . وقد أيد البعض هذه الوجهة ، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بحالة يتحقق فيها سبب المقم ^(١) .

ولا نعتقد أن هذا الاتجاه الثاني هو الاتجاه الذي يتفق مع مبادئ الشريعة المسيحية بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية . ذلك أن الأصل هو عدم قابلية الزواج للانحلال ، وللخروج على هذا الأصل يتعين النص الصريح على ذلك . فإذا لم ينص على المقم كسبب من أسباب التطلاق ، كان معنى ذلك تطبيق الأصل العام وعدم إدخاله في الاعتبار كسبب من أسباب التطلاق ^(٢) .

ولا نعتقد كذلك - كما يرى البعض - ^(٣) أن المقم يدخل ضمن الأسباب التي تمنع تحقيق غايات الزواج بصفة عامة ، إذ لم يذكر المقم ضمن تلك الموانع . فقد نص عليها ولا يصح القياس في شأنها . وقد ذكرت المجموعات الخاصة بالأقباط الأرثوذكس في هذا الصدد نوعين من الموانع : نوع لا يمكن معه الاتصال الجنسي ^(٤) ، ونوع آخر تتحقق منه خطورة على الزوج الآخر ، وهو

(١) أنظر حكم مجلس ملي فرهي دمنهور في ٢٩-١٢-١٩٥٠ ، ومحكمة الزقازيق الابتدائية في ٨-١٢-١٩٥٦ رقم ٣٣٤ س ٥٦ . وقد أشير إليهما في مجموعة خفاحي وراجح السابقة ص ١٣٤ . وانظر إهاب اسماعيل السابق فقرة ١٦٨ ص ٢١٠ ورسالته فقرة ٥٦ ص ٢٢١ .

(٢) وإذا كانت الشرائع الطائفية لا تنص صراحة على المقم كسبب لتطلاق فإن من بينها ما ينص صراحة على أنه لا يجعل المقد باطلاً أو أنه لا يبطل الزواج ولا يجرمه (المادة ١١ أرمن أرثوذكس والمادة ٥٨ من الإرادة الرسولية لكاثوليك - أنظر ما سبق فقرة ١٠٨ ص ٥٠٤ وما بعدها ، وما أوردناه في هذا الشأن .
(٣) إهاب اسماعيل ، رسالته السابقة فقرة ٥٥ .

(٤) وقد نصت عليه المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية ويبت أنه هو « كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة » وذلك إما أن يكون المانع طبيعياً كالثنين ، وهو من لا يشكّن بطبيعة شخصه من الاجتماع ، والحقن وهو الذي له عضو الذكر والأنثى معاً ، ولكن لما عظم زائد مانع . وإما أن يكون مرضياً (وإن كان حادثاً إلا أنه ثابت) وهو الاخشاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التناسلي إن كان من جهة الذكر أو الأنثى » .

الأمراض الخطيرة كالجدام والبرص والسل^(١).

هذان هما النوعان اللذان تدخلهما المجموعات في الاعتبار ولا يدخل فيما العمم . ولهذا فانه لا ينبغي أن يقاس عليهما باعتبار أنه لا تتحقق معه إحدى غايات الزواج وهي إنجاب الأولاد . والواقع أن الاتجاه الراجح في الفقه الكنسي لا يدخله في الاعتبار كسب من الأسباب التي تنفصم بها الرابطة الزوجية كما قدمنا من قبل . إذ يكفي طبقاً لما جاء به هذا الفقه أن يكون الاجتماع التناسلي بين الطرفين ممكناً ، حتى ولو لم تتحقق الغايات المقصودة منه جميعها . وإذا ما تحقق الاتصال بين الطرفين على نحو طبيعي بحيث يمكن أن يؤدي الفعل إلى الإنجاب ، ولو لم يؤد فعلاً إلى ذلك فإن هذا يكفي . ذلك أن الفعل تتوافر فيه المشروعية في ذاته إذا كان بحسب وضعه وطبيعته يؤدي إلى الغرض المقصود منه ولو لم يتحقق هذا الغرض^(٢) .

١٥٤ - مدى أهمية حصر الأسباب من الناحية العملية : على أن تحديد أسباب التطلق غالباً ما لا يحقق الهدف المقصود منه من حيث حصر نطاق الحالات التي يباح فيها . فقد لاحظ الفقه بحق أن الشرائع إذا كانت تضيق من الأسباب التي يباح فيها الطلاق وتحصرها في أضيق نطاق ، فإن من بين تلك الأسباب ما يترك فيه المجال واسعاً لتقدير القضاء ، نظراً لمرونة المايير التي تقوم عليها . من ذلك مثلاً ما يعتبر « إساءة بالغة » يبرر الطلاق في القانون الفرنسي

(١) أنظر المسألة ١٧ و ٢٥ من الخلاصة القانونية .

(٢) أنظر ما سبق أن بيناه في هذا الصدد ، فقرة ١٠٨ . وأنظر كذلك De Smet المرجع السابق ص ٤٢٥ وما بعدها . وكذلك : القانون الكنسي بإشراف « R. Naz » المرجع السابق فقرة ٣٩١ وخاصة ص ٣٣٨ .

(injure grave) ^(١) ، « وتزعزع الحياة الزوجية أو تصدعها » في القانون اليوناني ^(٢) . إذ يترك لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير ما من شأنه أن يزعزع الحياة الزوجية وكفاية ذلك لتبرير الطلاق . وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة لموقف القضاء الألماني في شأن « الاخلال بالتزامات الزواج » كسبب مبرر للطلاق ، إذ أن صياغة هذا السبب صياغة عامة تفتح السبيل أمام القضاء للتوسع في الحكم بالطلاق ^(٣) .

في جميع الحالات السابقة يترك القضاء الفرصة للتوسع في التفسير والتوصل بذلك إلى جمل حصر أسباب الطلاق قليل الجدوى ، إذ يؤدي هذا التوسع من الناحية العملية إلى جمل الأسباب غير محصورة ^(٤) . ولهذا ذهبت الدول إلى عدم حصر الأسباب وتركت للقضاء تقدير مدى كفاية ما يستند إليه للحكم في كل حالة على حدها .

(١) المادة ٢٣٢ مدني فرنسي ، وبلايول وريير وبولانجي ، السابق فقره ١٠٨٢ ص ٣٩٦ .

وانظر في هذا . جيل الشرقاوي . البحث سالف الذكر ص ٢٦١ وما بعدها وخاصة ص ٢٦٣ .

(٢) جيل الشرقاوي . البحث السابق ص ٣٤٧ وكذلك ص ٢٩٨ — ٣٠٠ . وانظر في هذا السبب كذلك المادة ١٤ مكررة من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس وقد أضيفت سنة ١٩٥٠ وهي تنص على أنه يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا نشب بسبب الآخر تصدع جسيم على أسرة الزواج ، يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق . وهذا السبب هو ما نصت عليه المادة ١٤٤٢ من القانون المدني اليوناني .

وانظر كذلك المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاط بالنسبة لاستحكام النفور . والمادة ٥٢ أرمين أرثوذكس بالنسبة لتناثر الشديد بين طابع الزوجين .

(٣) جيل الشرقاوي . البحث السابق ، ص ٣١٢ .

(٤) وسيتمتع لنا مدى إعمال هذه الفكرة عند كلامنا من أسباب التطلاق فيما يلي .

١٥٥ - اختلاف نظرة التشريعات الى الاسباب باعتبارها جزءا او علاجاً :
وتختلف التشريعات من حيث نظرها الى أسباب التطلق ، فها ما يجعل التطلق
كعقوبة ، جزءا (divorce . sanction) على خطأ جسيم *faute grave*
ارتكبه أحد الزوجين ضد الآخر . وفي هذه الحالة يجب أن تكون الوقائع
خطأ . فإذا لم تكن كذلك ، فانه لا يؤخذ بها كسبب للتطلق ، ويجب على
الزوج الآخر أن يتحملها مهما كانت العواقب وخيمة . ومن أمثلة هذا النوع من
الأسباب زنا أحد الزوجين أو اعتداؤه على حياة الآخر أو إيذاؤه .

ومنها ما يجعل من التطلق علاجاً *divorce . remède* ، ويكون بذلك
وسيلة للتخلص من رابطة لا يمكن أن تتحقق في ظلها غايات الزواج ، حتى ولو
لم يثبت خطأ في جانب أحد الزوجين . ومن أمثلة ذلك الأمراض بصفة عامة .

وقد أخذ القانون الفرنسى فى تنظيمه للطلاق بفكرة الجزاء ، إذ لا يكون
إلا بسبب خطأ ارتكبه أحد الزوجين ^(١) كما تبدو فكرة الجزاء فى فطلاق
الآثار المترتبة على التطلق ، إذ يقع الجزاء بالمسئول الذى وقع منه الخطأ ، سواء
كان جزاء مالياً أم كان جزاء من نوع آخر ^(٢) .

(١) فالزنا والحكم بعقوبة جنابة والقسوة والإساءة تبرر الطلاق ضد من ينسب إليه ،
لأنها إيذاء ومضارة للآخر . وهذا ما جعل القضاء الفرنسى يشترط دائماً فى هذه الأسباب
حما يجعلها من صور الإيذاء أو المضارة . أنظر بلانيول وريير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٨٠
ص ٣٩٥ وانظر مع ذلك ص ٣٩٦ ؛ وانظر كذلك جيل الشراوى البحث السابق
ص ٢٧٠ - ٢٧١ .

ولهذا فان القانون الفرنسى يستبعد أسباباً معينة من بين أسباب الطلاق ، فهو لا يجعل
الجنون وعدم الوفاق وعقبة أحد الزوجين من أسباب الطلاق (أنظر بلانيول ، السابق فقرة
١٠٨٠ - وجيل الشراوى ، البحث السابق ص ٢٧١ وكتابه فى القانون المقارن ، السابق
ص ٢٩٤) .

(٢) مثل الحرمان من الحضنة . فقد تدخل مسئولية الخطيئة فى الاعتبار بالنسبة لحضانة
الأولاد وضمهم . (جيل الشراوى . البحث السابق ص ٢٧١ - ٢٧٢) .

ومن القوانين ما يجمع بين فكرة الطلاق كجزء والطلاق كعلاج . وذلك هو الشأن مثلاً بالنسبة للقانون المدني اليوناني . وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة للقواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية . إذ يظهر من المجموعات الخاصة بتلك الطوائف جميعاً بين الفكرتين ؛ فالى جانب الأسباب التي يباح فيها التطلق بسبب خطأ يقع فيه أحد الزوجين كازنا والاعتداء على الحياة أو اعتياد الإيذاء ، توجد أسباب أخرى للتطلق كالمرض في صورة المختلفة ، والنفية .

١٥٦ - تقسيم أسباب التطلق إلى أسباب ملزمة و أسباب غير ملزمة :
ويقسم الفقه أسباب التطلق إلى أسباب ملزمة *péremptoires* وأسباب غير ملزمة *facultatives* . ولهذا التقسيم أثره من حيث سلطة القاضي ، إذ في الحالة الأولى لا يكون أمام القاضي إلا أن يقضى بالتطلق متى توافر السبب . فليست له أية سلطة تقديرية ، ويتمين عليه أن يقضى بالتطلق ، حتى ولو لم يكن ذلك ملائماً في نظره . وهذا هو الشأن مثلاً في حالة الزنا الحقيقي ، إذ متى ثبت الخطأ على الزوج الزاني بارتكابه الزنا حكم القاضي بالتطلق . أما في الحالة الثانية بالنسبة للأسباب الغير ملزمة أو الاختيارية ، فيكون للقاضي سلطة تقديرية . إذ له أن يقضى بالتطلق أو لا يقضى به حسبما يترامى له من حيث خطورتها على الحياة الزوجية . وهذا هو الشأن مثلاً بالنسبة لحالة استحكام النفور وتصديق الحياة الزوجية . إذ له سلطة كبيرة في الحكم بالتطلق ورفضه ، حسبما يرى من حيث أثر هذا السبب على استحالة الحياة الزوجية أو عدمها ^(١) .

(١) أنظر في هذا : بلانيول وريير وبولانجي ، السابق ، فقرة ١٠٨٥ . جيل
لشرقاوي البحث السابق ، ص ٢٧٤ و ٢٠٣ .

ويراعى في هذا الصدد أمر هام ، وهو أن كون السبب إلزامياً لا يعني انعدام سلطة =

هذه بعض مسائل عامة تتعلق بأسباب التطلق في الشريعة المسيحية ، رأينا أن نعرض لها في البداية قبل الكلام عن تلك الأسباب . وتبقى لنا ملاحظة أخيرة في هذا الصدد نشير إليها قبل البدء في الكلام عن أسباب التطلق ، وهي أن تلك الأسباب إذا كانت قد وردت لدى الطوائف المختلفة على سبيل الحصر والتحديد ، فإن منها ما هو مشترك بين الطوائف الأرثوذكسية والبروتستانت . ومنها ما هو خاص بالطوائف الأرثوذكسية وحدها . ولهذا رأينا أن نعرض للأسباب المشتركة أولاً ، ثم نعرض بعد ذلك للأسباب الأخرى ، موضعين في حينه ما إذا كان السبب خاصاً ببعض الطوائف دون البعض ، كما نعرض كذلك للأسباب التي تنفرد بها بعض الطوائف الأرثوذكسية . ومن ناحية أخرى ، فلما كانت شريعة الكاثوليك لا تعرف انحلال الرابطة الزوجية بالتطلق ، كما قدمنا ، إلا أنها مع ذلك تبيح انحلالها إذا كان الزواج غير مكتمل بالدخول في حالات معينة ، لذلك فإنا نعرض لهذا أيضاً باعتباره انحلالاً للرابطة الزوجية لسبب يطرأ بعد العقد وقبل الدخول . ثم نعرض أخيراً لمسألة تثار بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية وأسباب التطلق وهي مسألة عدم قبول دعوى التطلق .

أولاً : الأسباب المشتركة بين الأرثوذكس والانجيليين

١٥٧ - السبب الأول : الزنا وما في حكمه : يعتبر الزنا من الأسباب التي

افقد عليها الإجماع بين الطوائف الأرثوذكسية والبروتستانتية ، وذلك نظراً

== التاضي في بحث توافر الشروط اللازمة لقيامه ، اللهم إلا في الحالات التي يثبت فيها ذلك بصورة قاطعة ، وفي هذه الحالة الأخيرة يقتصر دور التاضي على التحقق من قيام السبب . ففي حالة الزنا مثلاً يكون على التاضي أن يثبت الشروط اللازمة لقيامه كسبب للتطلق ، بأن يرتكب عن عمد ، حال قيام الزوجية لكن متى ثبت الزنا على أحد الزوجين بحكم جنائي ، واقتصر دور التاضي في هذه الحالة على التحقق من صدور الحكم الجنائي في جريمة الزنا .

لنصوص الصريحة التي أوردتها الكتاب المقدس ، والتي سبق أن أشرنا إليها في مواطن متعددة ^(١) .

وإلى جانب ما جاء في الكتاب المقدس بشأن اعتبار الزنا سببا للتطليق ، فقد وردت نصوص صريحة بشأنه في مواطن متعددة ، سواء في كتب الفقه الكنسي على اختلاف أنواعها ، أم في المجموعات الخاصة بالطوائف ^(٢) .

وإذا كان الزنا يعتبر من أسباب التطليق ، فإنه لا ينبغي أن يفرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة . فيجوز للرجل ، كما يجوز للمرأة طلب التطليق في حالة زنا الآخر . وهذا ما تنص عليه بعض الطوائف صراحة ^(٣) .

(١) وقد رأينا أن الأرثوذكس والانجيليين قد فهموا الطلاق بسبب الزنا على أنه انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين ، خلافاً للذهب الكاثوليكي الذي يعرف الطلاق إلى معنى آخر هو انفصال الزوجين انفصالاً جسدياً . انظر فيما سبق فقرة ١٥٠ من هذا المؤلف .

(٢) من ذلك ما جاء بالمادة ٤٨ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ إذ نصت على أنه : « يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لمة الزنا » . وهذا هو ما نصت عليه المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٣٨ للطائفة نفسها . وهو ما نص عليه بالنسبة للطوائف الأخرى التي تتبع التطليق . انظر المادة ٧ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس ، والمادة ٣٨ لرومن ، والمادة ٦٠ وما جسدها من مجموعة السريين ، والمادة ١٨ من القواعد الخاصة بالانجيليين . وانظر جملة عامة الأسانيد التي ذكرت في المواطن المتعددة ، لسواء في الكتاب المقدس أو في غيره ، على اعتبار الزنا سبباً لتطليق ، ما أوردناه سابقاً في هذا الشأن وما أشار إليه محمد نمر والتي بقطر ، المرجع السابق ص ٣٢٠ و ٣٢١ وكذلك من ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) وم الأقباط والأرمن والروم والانجيليون . أما السريان فاتهم يدخلون زنا المرأة فقط في الاعتبار ، كما سئرى . ومع ذلك فإن كتب الفقه لدى الأقباط قد اعتدت بزنا المرأة فقط . وجعلت منه سبباً لإنهاء الرابطة الزوجية ، على أساس أن النتائج المترتبة عليه تعد أكثر خطورة من زنا الرجل ، وخاصة بالنسبة لاختلاط الأنساب . فقد جاء في قوانين ابن تلوخ « أن الزيجة تنفسخ بثبوت الزنا على المرأة » (ملحق ابن المال ص ٢٣) . وانظر كذلك ابن المال ، السابق ص ٢١٢ و ٢١٧ و ٢٢٠ . والخلاصة القانونية مسألة ٢٥٠ ، وقد جاء =

ولكن مجموعة السريان الأرثوذكس قد تعرضت لزنا المرأة فقط باعتباره سببا للتطليق^(١) . وقد بررت نصوص هذه المجموعة وجهة نظرها بأسباب ثلاثة . (١) أن فضاحة المرأة في الزنا بسبب الحبل أكثر من الرجل . (٢) أن أولاد الرجل الزاني لا يختلطون بأولاد امرأته الشرعية ولا يرثون معهم ، أما أولاد المرأة الزانية فانهم يختلطون بأولاد زوجها الشرعي ويرثون معهم ، بخلاف الحق . (٣) أن أولاد الزناة هم أولاد بالظن وأولاد الزانيات أولاد حق^(٢) .

ومهما يكن من الأمر ، فأننا لا نجد في المجموعات الحديثة — عدا مجموعة السريان — تفرقة بين زنا المرأة وزنا الرجل من حيث اعتباره سببا للتطليق . وهذا أمر منطقي تتحقق به المساواة بين كل من الزوج والزوجة ، إذا ما أدخل أحدهما بالتزامه بالإخلاص نحو الطرف الآخر . فالإخلال بهذا الالتزام

= بها في صدد الكلام عن فسخ الزواج وأعماله أنه : « إذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع رجلها على أمرها ، وأثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي ، تفرق منه » .

ومع ذلك فقد تعرض أين السال (السابق ص ٢١٩) لزنا الرجل في حالة معينة وهي حالة ما إذا « وجد الرجل مع امرأة أخرى في المنزل الذي هو ساكن فيه مع زوجته ، أو كان في المدينة يخالط امرأة أخرى وويخ بأنه قد بات معها دشات ، وشكى بهذا عن السن والديه ووالدي الحمة أو قوم آخرون من ثقات الشهود ، فلم يقلع عن الإيفك » . في هذه الحالة ، الخاصة بزنا الرجل في منزل الزوجة أو اعتياده على مخالطة امرأة غير زوجته وعدم إقلاعه من ذلك ، فزوجة أن تطلب انقضاء الرابطة الزوجية .

(١) وقد أخذت مجموعة السريان بما جاء في المجموعات الفقية للأقباط الأرثوذكس في هذا الصدد ، وصفة خاصة بما جاء في الخلاصة القانونية .

(٢) أنظر في هذا الصدد المادتين ٦١ و ٦٢ من مجموعة السريان ، وقد تكلمت هذه المجموعة عن الزنا في المواد من ٦٠ إلى ٦٦ بالفعل الرابع من الباب الثاني وجاء في المادة ٦٠ أن الفسخ بسبب الزنا مستند على ما ورد في الإنجيل ، وأن الرب قد سمح بذلك خطأ لطهارة =

لا يختلف من حيث طبيعة ، سواء وقع من جانب الرجل أم من جانب المرأة^(١) وتجرى أحكام المحاكم على إدخال الزنا في الاعتبار ، سواء وقع من جانب الزوج أم من جانب الزوجة^(٢).

ما يعتبر في حكم الزنا : لا جدال في أن الزنا يعتبر سببا للتطليق متى كان زنا حقيقياً يتصل فيه أحد الزوجين بشخص آخر اتصالاً جنسياً أثناء قيام الرابطة الزوجية . فالإتصال الجنسي بغير الزوج يعتبر زنا ، حتى ولو كان بشخص آخر عقد معه أحد الزوجين زواجا ثانياً مع بقاء الرابطة الأولى . وإذا الزواج الثاني يتميز زنا ، طالما بقي الزواج الأول . وتبعاً لذلك يعتبر سببا للتطليق^(٣) . وهذا ما نصت عليه القواعد الخاصة ببعض الطوائف (الروم) صراحة ، إذ أعطت « لكل من

== الزواج ومثانة رباطه لأن المرأة بارتكابها الفجور تسبب تدنيس مهدها واختلاط الدم في التناسل بين شرعي وغير شرعي ، أي محلل ومحرم ، كما تسبب تخديش كرامة العائلة المسيحية وتلويشها برداءة السمعة . كما جاء في المادة ٦١ أن زنا المرأة هو حجة طلاقها وليس كذلك زنا الرجل .. وإنما هو حجة لتبكيك والمنع من القربان . وانظر كذلك ، ما أورده ابن العسال ، السابق ص ٢١٤ .

(١) أنظر في هذا المعنى : جبل الشرفاوى : الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول ، في شرائع الوطنيين ١٩٥٩ - ١٩٦٠ - ص ٣٤٨ - ٣٤٩ . وانظر كذلك : إهاب اسماعيل ، رسائله ، فقرة ٢٦ - ١١٦ - ١١٧ . وأحمد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٣٥٣ ص ٧٦٨ .

(٢) أنظر مثلاً : استئناف القاهرة في ١٩٥٧/٥/٢٩ رقم ١٧ ص ٧٤ ق (مجموعة خفاحي رابع ، ص ٥٦ رقم ٩) . حيث أدخلت المحكمة في الاعتبار إخلال الزوج بالتزامه بالاخلاص من حيث عدم امتناعه عن العلاقات مع غير زوجته . وانظر كذلك الاسكندرية الابتدائية في ١٧ / ١٢ / ١٩٥٧ رقم ٢٧ ص ٥٦ كلى . بين أرمن أرثوذكس حيث نظرت المحكمة إلى زنا الزوج وأدخلته في الاعتبار (الحكم في صالح حنق ٢ رقم ٦٨١ ص ٥١٣) .

(٣) وإن كان يراعى أن إبرام زواج ثان مع قيام الأول يجعل الثاني باطلا لقيام مانع الزواج السابق .

الزوجين أن يطلب الطلاق لسبب زنا الآخر أو إقدامه على عقد زيجة أخرى ...» (١).

وإذا كان القانون الكنسي يجعل الاتصال بغير الزوج الآخر زنا حتى ولو كان عن طريق عقد زواج ثان ، فإنه لا يقف عند هذا الحد . ذلك أن مدلول الزنا باعتباره سببا للتطليق ، لا يقف عند الحالة التي يتم فيها اتصال جنسى بغير الزوج ، أيما كان سبب هذا الاتصال ، ولكنه يمتد إلى حالات أخرى لا يقع فيها اتصال جنسى ، وإنما يكون من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بوقوع لانتهائها تؤدي إليه . وقد عبر ابن العسال (٢) عن ذلك بأنه « ما يستزم الزنا في الأكثر » ، وذلك كما إذا « شربت المرأة بغير رأى زوجها مع رجال ، أو استحمت أو مضت إلى مواضع الصيد والجموع وزوجها مانع من ذلك ، أو باتت خارج منزله ، إلا إن كان مبيتها في بيت والديها ، أو لم يكن لها أب وكان هو السبب في مبيتها خارجا » (٣) . وجاء في المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية أنه « إذا تمادت

(١) المادة ٧ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس . وقد أورد ابن العسال ، (السابق ص ٢٠٦) في هذا الصدد : « ولا يجمع الرجل منده زوجتين بقعة الفذاذ والدخول في تكرار التزويج للشهوة لا لزورع الذي أمر الله به ، ومن قبل ذلك فلينبع من أخذ القربان ومن الدخول إلى الكنيسة وليخرج من الجماعة حتى يفارق الثانية ويلزم الأولى . وإن جمع بينهما أو حول كل واحدة منهما في بيت أو امرأة وسرية ، فليخرج من الكهنة إن كان كهنا ، وإن كان من الملماعين فلينبع من مخالطة الجماعة » .

ومع ذلك فإنه يراعى بالنسبة لعدد لدى طائفة الروم الأرثوذكس أنه يعطى للزوج الآخر الحق في طلب التطليق ، بمجرد العقد الثاني حتى ولو لم يحصل اتصال جنسى بين الطرفين . فبعد الإقدام على عقد زواج جديد ، يسوء قصد ، يعتبر سببا للتطليق ولا يلزم حصول معاينة بين الطرفين . وهذا ما يتضح من المادة ٧ مسالفة الذكر . مع مراعاة أن الزواج الأول يعتبر مانعا من زواج ثان كما قدمنا — وانظر فيها إلى فقرة ١٧٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢١٣ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٨ .

المرأة على إجراء ما يستلزم إفساد عفتها ، كما إذا سكرت أو سمعت الملاهي مع رجال أجانب أو ترددت إلى أما كن اللهو بدون إذن الرجل أو ما يجري مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تنب واستمرت بعد نصحتها وتوبيخها وردعها من الرئيس ثلاث مرات ، مواظبة على قباحتها ، يكون ذلك موجبا لفراقها من الرجل بفسخ زيجتها .

هذا هو ما جاء في المجموعات الفقهية للأقباط الأرثوذكس . وهو يبين لنا أن الأمر لا يقف عند الزنا بالمعنى السابق ، ولكنه يمتد إلى كل ما يستلزم الزنا وما يؤدي إليه وإن لم يثبت ارتكابه فعلا . وهذا ما تبرع عنه المجموعات الحديثة بسوء السلوك ^(١) .

وإذا كانت المجموعات الفقهية تدخل في الاعتبار سوء السلوك من جانب المرأة فقط ، فإن المجموعات الحديثة تنظر إلى سوء سلوك أى من الزوجين ، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الزنا الحقيقي .

(١) قتمس المادة ٥٦ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس على أنه : « إذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسد أخلاقه وانفس في حمة الرذيلة » ولم يجد في اصلاحه توبيخ الرئيس الديني ونصائحه ، ففزوج الآخر أن يطلب الطلاق . وتدخل الطوائف الأرثوذكسية الأخرى سوء السلوك في الاعتبار كسبب من أسباب التطلاق . قتمس المادة ٥١ من مجموعة **الاوهم** على أنه « ويحكم أيضاً بالطلاق ... إذا ساء أحد الزوجين سلوكا ميسياً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوج الآخر » ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا .. » . وقد صدر في شأن هذا النص حكم من محكمة القاهرة الابتدائية في ١٠ - ١١ - ١٩٥٧ رقم ١١٤٧ س ١٩٥٦ (مجموعة خفاجي ورايح ص ٦٥) . وانظر كذلك المادة ١٥ ب من القواعد الخاصة بالروم . وهذا هو الحكم أيضاً بالنسبة **للمسيحيين** انظر المادة ٩٠ من مجموعتهم وانظر كذلك ما جاء بهامش ص ٦٠ من مجموعة خفاجي ورايح ، أما القواعد الخاصة **بالبروتستانت** فانها لا تمتد إلا بالزنا الحقيقي فقط ، ولا تدخل سوء السلوك أو ما يعتبر في حكم الزنا في الاعتبار كسبب للتطلاق .

وعلى الرغم من عدم النص على سوء السلوك في مجموعة سنة ١٩٥٥ للأقباط كسبب من أسباب التطلق ، إلا أنه يمكن القول إن المحاكم قد استقرت على إعمال هذا السبب ^(١) . فهي لم تقف لدى الزنا الحقيقي ، بل أخذت أيضاً بما أسمته بالزنا المحكمي وسوء السلوك ^(٢) .

ويبدو من اتجاهها في هذا الصدد أنها تستلزم إلى جانب سوء سلوك أحد الزوجين وفساد أخلاقه وانتمائه في حماة الرذيلة ، أن يعتاد على ذلك بحيث لا يرجى صلاحه . إذ ينبغي أن تكون الأفعال التي يأتياها أحد الزوجين من الجسامة إلى حد يمكن القول معه بأنه قد أخل بواجب الإخلاص نحو الزوج الآخر . فإذا كان هناك من الظروف ما يقطع بأن أحد الزوجين سعى السلوك واعتاد على ذلك ، تحكم المحاكم بالتطلق بناء على طلب الزوج الآخر ^(٣) .

(١) أنظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٤-١١-١٩٥٧ (المجموعة السابقة ص ٦٤ رقم ٨) .

(٢) ولذلك قضى بأن « الزنا بمعناه الأعم يشمل الحالات التي تواضع رجله الفقه الدين على تسيئتها بالزنا الحقيقي ، وهي اتصال جنسي محرم بين أحد الزوجين وشخص غريب في المقعد كما يشمل حالات أخرى أطلق عليها حالة الزنا المحكمي ، وهي التي لا يصل الوضع فيها إلى الحالة السابقة ، وإنما تكون سيلا إلى الظن بأنها تؤدي إليه لأنها تمتد الظن وتؤدي إلى الاعتقاد به ، إلى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقي . ومثلها أن تتواجد المرأة في عملة النجور والهوا أو المواخير أو تواجدها في بيت لا يؤمن فيه على عفتها ... » محكمة القاهرة الابتدائية في ١٠-٦-١٩٥٦ . وانظر كذلك حكما من محكمة دمنهور الابتدائية في ١٠-٤-١٩٥٦ . والمحكمان أشار إليهما خفاحي ورابع ص ٥٨ و ٥٩ .

(٣) (أنظر استئناف القاهرة في ١٥-٥-١٩٥٧ رقم ١٩٤ ص ٧٣) . وفي نفس المعنى حكما آخر من القاهرة الابتدائية في ١٠-٦-١٩٥٦ (والمحكمان في مجموعة خفاحي ورابع ص ٦٣ و ٥٩ على التوالي) . وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن المحكم على الزوجة بالحبس لتحريضها الغير على الدخول وإدائها مسكناً لهذا الغرض « فضلا عما فيه من دلالة واضحة على سلوكها الشائن » فهو يحمل على الاعتقاد بارتكاب الزوجة نفسها لجريمة الزنا لأن من يرغب في ارتكاب الفحشاء إذا لم يجد نسوة فلا يستبعد أن تقوم بنفسها لهذا الغرض المتنافي للأداب .

وقد اعتبر من سوء السلوك في هذا الصدد إدارة الزوجة منزل الزوجية للدعارة السرية في غيبة الزوج ، وتحريض إحدى النسوة على الفسق ، وتسهيل السبل لها بارتكاب الفحشاء ، مما أدى إلى الحكم على هذه الزوجة بالحبس والغرامة ووضعها تحت مراقبة البوليس .

فاذا لم يصل الأمر إلى هذا الحد من الاعتياد على الفساد والانغماس في حمأة الرذيلة ، فلا يكفي ذلك للإجابة إلى طلب التخليق . والأمثلة التي عرضت على القضاء في هذا الصدد كثيرة ، فلم تكف المحاكم بتوافر الشائعات عن سلوك الزوجة وخاصة إذا خلت تلك الشائعات من تحديد واقعة معينة تتم عن سوء أخلاق الزوجة ^(١) . كما لم تكف المحاكم كذلك بأن ترى الزوجة جالسة إلى جوار رجل داخل سيارته ، إذا لم يبد منها ما يريب تلك الزوجة ^(٢) . ولم تقض المحاكم بالتخليق كذلك إذا كان كل ما أسند إلى الزوجة هو أنها وشقيقتها قد التقبعا مع قريب لها بأحد المحال العامة دون أن يقطع الزوج المدعى بأنهم كانوا يشربون الخمر ، إذ أن هذه الواقعة لا ترقى إلى مرتبة الاخلال بالتزام الاخلاص ولا تفسد الظن ولا تحمل في طياتها أى معنى من معانى سوء السلوك

(١) أظن استئناف القاهرة في ٢٢-١-١٩٥٧ رقم ١٧٠ س ٧٢ (المجموعة السابقة ص ٦٠) .

(٢) أظن استئناف القاهرة في ٢٧-٦-١٩٥٦ رقم ١٢٨ س ٧٢ ق أورده إهاب اسماعيل في مؤلفه السابق ص ١٧٨ .

ولم تقبل المحاكم في هذا الصدد كذلك مجرد الشك في سلوك الزوجة لصلتها بأحد الأشخاص أو إقامتها بمنزل أحد الضباط ، لأن هذا لا يؤسكد وقوع الزنا أو فساد الزوجية ، إذ من الجائز أن تكون الإقامة مردها تربية أولاد من أقامت لديه الزوجة وتليهم على النحو الذى ساقته الزوجة ... (الاسكندرية الكلية في ٢٠-٣-١٩٥٦ جدول عموى رقم ٢٢ س ٥٦ - غير منشور) . والتزام بين أقباط أرثوذكس) .

والانتماس في الرذيلة ^(١) . وأخيراً فإن المحاكم لم تقض بالتطليق في هذا الصدد كذلك ، رغم اعتبارها تصرف الزوجة إخلالاً بواجباتها يتنافى مع الأخلاق والأمانة الواجب أن يسودا رباط الزوجية ، لأنه لم يثبت لديها اعتياد الزوجة على القيام بمثل هذا التصرف ^(٢) .

هذه بعض أمثلة لما عرض على القضاء واعتبره سبباً للتطليق أو لم يعتبره كذلك . ولا يمكن وضع حد لما يعتبر سبباً للتطليق في هذا الصدد . فهي مسألة تختلف بشأنها المعايير . ولذلك قررت محكمة النقض أن تقدير ما يعتبر من سوء السلوك يعد من المسائل الموضوعية وتبعا لذلك يترك للقاضي تقديره في كل مسألة على حده ^(٣) . وإذا ما قلنا بأن تقدير سوء السلوك يعد من المسائل الموضوعية فإن موقف القاضي يختلف عنه في حالة الزنا الحقيقي ، إذ في هذه الحالة الأخيرة لا تكون له سلطة في التقدير متى ثبت لديه وقوع الزنا ^(٤) .

هذا ويراعى أن القضاء قد اعتد بسوء السلوك سواء من جانب الزوج أم من جانب الزوجة . وتبعا لذلك يتعين في صدد الكلام عن سوء سلوك الزوج أن يثبت عليه القيام بفعل من الأفعال المعتبرة من سوء السلوك ، وعلى سبيل

(١) استئناف القاهرة في ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤١ س ٧٤ ق (مجموعة خفاجي وراج
ص ٦٢ رقم ٦) .

(٢) وقد كان ما نسب إلى الزوجة أنها ضبطت تجلس إلى جوار شخص أجنبي بالسبيل
(المحكم من القاهرة الابتدائية في ٦-٤-١٩٥٨ — المجموعة السابقة ص ٦٤ رقم ١٠) .

(٣) أنظر حكم النقض في ١٠ يناير ١٩٥٧ (مجموعة المكتب الفني ، السنة الثانية ،
العدد الأول ص ٦٠) والمحكم خاص بمحق الزوج في تطليق زوجته لحرية في الفرقة الموسومة
لثلاثة الترائين .

(٤) أنظر في هذا الموضوع كذلك : إهاب اسماعيل ، رسالته ، فقرة ٢٧ ص ٤١٧
وما بعدها .

الاعتیاد ، كما قدمنا ^(١) . فلا یكفی فی هذا الصدد أن یخشی علی الزوج من سوء السلوك والتردى فی المصیة ^(٢) .

الختلاف مدلول الزنا عنه فی القانون الجنائی : یختلف مدلول الزنا كسب للتطليق عن مدلوله فی نطاق القانون الجنائی ، فالزنا فی الشریعة المسیحية ینصرف إلى الزنا الحقیقی وما یستلزمه ، مما یمیز عنه بسوء السلوك ولو لم تحصل غالطیة جنسیة . أما فی القانون الجنائی فإن الأمر یختلف عن ذلك إذ للزنا معنى أضیق . ولكی تقوم جرمیة الزنا یتعين حصول الوطء بالطریق الطبیعی ، ولا عقاب علی ما دون ذلك من أعمال الفحش الیی ترتكب مع رجل آخر أو امرأة أخرى ^(٣)

و نتیجة لذلك فإنه قد توجد حالات یقضى فیها بالتطليق دون أن تقوم جرمیة جنائیة ، نظراً لاختلاف مفهوم الزنا فی القانون الجنائی عنه فی الشریعة المسیحية . هذا بالإضافة إلى أن القانون الجنائی یتقید فی إثبات الزنا بأدلة معینة لا یخصص لها إثبات الزنا كسب للتطليق علی ما سترى بعد قليل . وكذلك فإنه

(١) وانظر أيضاً حکماً لمحكمة القاهرة الابتدائیة فی ٢٦-٥-١٩٥٧ (مجموعة خفاجی وراجح ص ٦٤ رقم ٩) .

(٢) ولهذا فالتأني لا نوافق علی ما اتجه إليه بعض أحكام المحاكم فی هذا الصدد من الحكم بالتطليق إذا ترجع لسبب یقی أن الزوج موشك علی الفساد وارتكاب الزنا والتردى فی الزنا والخطیئة لإشباع غریزته الجنسیة بسبب مرض زوجته مرضاً أهدم صلاحیتها لهامشرة الجنسیة لا ینظر برؤیها منه (حكم محكمة بنی الابتدائیة فی ١٩-١٢-١٩٥٦ رقم ٥٢ لسنة ٥٦ کلی — غیر منشور) . ذلك أنه لم یثبت علی الزوج سوء السلوك بد حتى یتخذ من ذلك سبب للتطليق . أى أنه لم یقع من الزوج أى خطأ بد ، فلا یصح أن نستند إلى خطأ یحتمل أن یقع ، ثم إنه علی فرض ثبوت الخطأ فی جانبه علی هذا النحو فإن الحق فی طلب التطليق یتكون للزوجة لا للزوج ، إذ لیس له أن یتعبد من خطئه .

(٣) الأستاذ الدكتور محمود مصطفی : شرح قانون العقوبات ، القسم الخامس ، الطبعة الخامسة ١٩٥٨ فقرة ٣٠١ ص ٢٦٢-٢٦٣ .

لا يلزم للتطبيق بسبب الزنا أن يثبت ذلك بحكم جنائي^(١) . بل ويمكن القضاء به كذلك حتى ولو لم ترفع الدعوى العمومية . إلا أنه إذا كانت الدعوى العمومية قد رفعت ، فإن محكمة الأحوال الشخصية توقف الدعوى إلى أن يفضل في الدعوى الجنائية^(٢) . ويتوقف الأمر بالنسبة للتطبيق على ما قضى به المحكمة الجنائية . فإذا ما قضت بالإدانة ، قيدت محكمة الأحوال الشخصية بحكمها . أما إذا قضت بالبراءة ، فإن هذا الحكم لا يقيد محكمة الأحوال الشخصية ، لأن إثبات الزنا في القانون الجنائي مقيد بقيود معينة لا يخضع لها في حالة الاستناد إليه كسبب للتطبيق ، ثم إن مدلوله في نطاق الأحوال الشخصية أوسع ، إذ ينصرف إلى الزنا الحقيقي وما في حكمه .

أثر التنازل عن الدعوى الجنائية على طلب التطبيق . - وفي صلة الزنا باعتباره سببا للتطبيق بالزنا في القانون الجنائي يثار الكلام عن الأثر المترتب على التنازل عن الدعوى الجنائية ، وقيمة هذا التنازل بالنسبة لطلب التطبيق .

قرر محكمة النقض بصفة عامة في شأن المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية، التي تنص على حق مقدم الشكوى أو الطلب في التنازل عنه في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي ، أن القانون قد جعل أثر التنازل منصبا

(١) انظر حكما لمحكمة الاستئناف الابتدائية في ١٩-٢-١٩٥٧ رقم ٤٥ س ٥٦ (غير منشور) .

(٢) انظر المادة ٢٩٣ مراضات . وانظر كذلك : إهاب اسماعيل رسالته ، فقرة ٢٨ س ١٢٠-١٢١ . وانظر بالنسبة لمحجية الأحكام الجنائية بالنسبة لدطوى الأحوال الشخصية ما أورده محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٣-٦-١٩٥٨ رقم ٧٩١ س ٥٧ كلبي (صالح حتى) رقم ٥٩٩ س ٥٢٣ .

على الدعوى الجنائية وحدها^(١) . ويفرق الفقهاء في هذا الصدد بين التنازل في حالة الزنا وبين الحالات الأخرى التي يتوقف فيها الأمر على طلب أو شكوى من المجنى عليه . وهم يرون أن التنازل في حالة الزنا ، قبل أن يصير الحكم نهائياً ، ينصرف إلى الدعوين الجنائية والمدنية ، وذلك نتيجة لازمة لحكمة تفخيل التنازل في هذه الحالة ، وهي عدم تأكيد الفضيحة رعاية لمصلحة العائلة ، وهو ما لا يتحقق إذا أُجيز للزوج أن يثير المسألة أمام المحكمة المدنية من حيث المطالبة بالتعويضات^(٢) . والكلام في هذا المجال ينصرف إلى المطالبة بالتعويضات وهي مسائل مالية ، ورعاية الأسرة تقتضى انصراف التنازل إليها . ولكن الأمر على خلاف ذلك في حالة طلب التطلاق ، إذ الأمر لا يتعلق بمسائل مالية وتعويضات وإنما يتعلق بالشرف المثloom ، ولذلك لا نرى في هذا الصدد قياس دعوى التطلاق على الدعوى المدنية والقول بأن التنازل في حالة الزنا ينصرف إلى الدعوين الجنائية ودعوى التطلاق ، وخاصة أن الزوج قد لا يرغب في المبالغة في التشنى عن طريق توقيع العقوبة على الزوجة الزانية ، ولكنه يرى من ناحية أخرى أنها قد أساءت إلى الرابطة الزوجية وأخلت بالالتزام بالاخلاص مما يجعل الحياة الزوجية غير ممكنة بعد ذلك ، فيطلب التطلاق . لأنه إذا صفح عنها بالنسبة لتوقيع العقوبة فقد لا يستغفر لها زلتها في حق الرابطة المقدسة^(٣) . هذا ما لم يتنازل الزوج عن الدعوى الجنائية ودعوى التطلاق إذا

(١) والمحكم وارد بصدد التنازل في حالة السب ، نقض جنائي في ٢١ ديسمبر ١٩٥٤ طعن رقم ١٢١٠ س ٢٤ ق (مجموعة المكاتب التي س ٦ عدد ١ حكم رقم ١١٠ ص ٣٢٧)
(٢) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ١٩٥٣ ص ٧٩-٨٠ .
(٣) وانظر في تأييد هذا النظر حكم القاهرة الابتدائية المشار إليه سابقاً في (صالح حتى ج ٢ ص ٥٢٤-٥٢٥) .

كانت قد رفعت . وتنازله عن دعوى التطلاق قد يكون صريحا ، كما قد يكون ضمنيا . وفي هذه الحالة الأخيرة قد ينصرف تنازل الزوج عن الدعويين برضائه معاشرة زوجته كما كانت ، لأن سلوكه ينطوي على الصفح عنها من جميع النواحي ^(١) .

إثبات الزنا : يختلف إثبات الزنا في هذا المجال عنه في نطاق القانون الجنائي . فقد حددت المادة ٢٧٦ عقوبات الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا وهي « القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه ، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم » . ومن ناحية أخرى استلزم القانون الجنائي بالنسبة لزنا الزوج أن يكون في « منزل الزوجية » . فلا بد إذن من توافر دليل من الأدلة السابقة ، كما لا بد في حالة زنا الزوج أن يكون في منزل الزوجية ، وهذه أمور لا تتطلب في إثبات الزنا إذا ما أريد الاستناد إليه كسبب للتطلاق ؛ فإثبات الزنا في هذه الحالة الأخيرة مطلق من كل قيد ، كما لا يلزم أن يكون زنا الزوج في منزل الزوجية ، وإنما يمكن الاستناد إليه أينما كان .

ويقع عبء الإثبات على من يريد أن يستفيد من زنا الآخر ويطلب التطلاق . ويسهل الأمر إذا ما ثبت الزنا بحكم جنائي . وفيما عدا ذلك يتم الإثبات بكافة الطرق ^(٢) . وقد وضعت القواعد الخاصة ببعض الطوائف أدلة معينة في شأن

(١) ملادة ٢٧٧ عقوبات .

(٢) أنظر كذلك أمثلة لما يمكن أن يثبت به الزنا أوردها محمد نمر وإلى بقدر المرجع

السابق وخاصة من ٣٢٥ .

إثبات الزنا يمكن الاستنارة بها في هذا الشأن^(١). وفي حالة الأمور التي تعتبر في حكم الزنا ، وسوء السلوك فإنه يتعين على من يريد التخليق أن يثبت وقوع أفعال تدل على انغماس زوجة في الرذيلة على النحو الذي يبينه من قبل ، وأن يثبت كذلك وقوع تلك الأفعال بصفة متكررة^(٢).

على أنه لا يكفي إثبات ارتكاب الأفعال المكونة للزنا حتى يحكم بالتخليق ، بل لا بد إلى جانب ذلك من ثبوت الخطأ في جانب الزاني . إذ يلزم أن يتم الزنا عن عمد وإدراك من الشخص بفعله . فإذا لم يتوافر ذلك بأن كان مجنوناً أو بأن دفع إلى ارتكاب الزنا بالاكراه — كما إذا أكرهت الزوجة على ارتكاب الزنا رغم إرادتها أو واقمها شخص كرها — فلا يعد ذلك سبباً للتخليق لاتقاء الخطأ في جانبه . كما أن الزنا لا يعد سبباً للتخليق كذلك إذا وقع فيه الشخص

(١) نصت المادة ٦٣ من مجموعة المبادئ الأرثوذكس على أن المجمع التي تؤيد زنا المرأة أربع :

(أولاً) : إذا جلبت وزوجها غائب أو كلفت حاضراً ولم يدين منها . (ثانياً) : إن فضحت زنا ظاهر مع واحد أو أكثر . (ثالثاً) : إن أقرت بلسانها أنها قد زنت . (رابعاً) : إن شهد عليها أكثر من شاهدين ثقة من المؤمنين بأنها قد شاهدتها مع غريب تحت الرداء بطريق الفجور . ويضيف النص كذلك أنه « ترجع شهادة النساء متى كانت التي وشى بها بثولا » .

(٢) وقد حكم في هذا الصدد أنه لا يكفي الادعاء بأن الزوجة قد حادت عن الطريق السوي بدأها على الخروج مع أشخاص غريباء عنها في سيارتهم ورؤيتها على هذا الحال في أوضاع مريبة ، بل لا بد من تأييد ذلك وخاصة أن المدعى لم يكن يسير عن ضبطها في إحدى المرات أو يبادر إلى تحوير بعض بانيات هذه الحالة حين وقوعها (استئناف القاهرة في ٢٢-٢-١٩٥٧ رقم ٤٠ س ٧٤ ق . مجموعة خلاصى ورايح ص ٦٢ رقم ٣) . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية في ١٢-٦-١٩٥٧ رقم ٨ س ١٣ ق على في صالح حتى ٢ رقم ٦٠٩ ض ٤٦٤ . بالنسبة لعدم قبول إثبات الزنا استنتاجاً من حملها بعد أن هيرته ، خاصة أنه لم يتم أى دليل يبرز ذلك .

نتيجة غلط ، بأن اتصل جنسياً بشخص آخر معتقداً أنه زوجة^(١)

وإذا كان يلزم توافر الإرادة وأن يقع الزنا بطريق العمد وثبت الخطأ في جانب الزاني ، فانه يلزم إلى جانب ذلك ألا يكون من يتمسك بذلك مخطئاً هو الآخر ، فإذا حرص الزوج زوجته على الزنا أو دفعها إليه ، أو تم الزنا باتفاق بين الزوجين ، فلا يجوز للزوج أن يمود بعد ذلك ويطلب التخليق . وإذا ما طلبه لا تقبل دعواه^(٢) .

وفي صدد إثبات الزنا يثار الكلام عن أثر إقرار الشخص بالزنا . فإذا

(١) أنظر جيل الشرفاوى : البحث سالف الذكر ، ص ٢٥٧ . ومع ذلك فان التضام الفرنسي ، ويؤيده الفقه ، لم يدخل في الاعتبار حالة ما إذا تم الزنا بإرادة الزوج ولكن مع غلظه بأن اعتقد انحلال رابطة الزوجية ، واعتبر ذلك مبرراً للطلاق . إذ ليس لتفاضي أن يجعل لنفسه سلطة في تقدير أثر الزنا على رابطة الزوجية على منوه ما فيه من خطأ ، بل يلتزم بالحكم بالطلاق بمجرد ثبوت ارتكاب الزوج للزنا (أنظر الأحكام المشار إليها في هامش ٢ ص ٢٥٧ من البحث) .

هذا وقد نصت المادة ٦٤ من مجموعة المشرىق الآرتودكس على أنه « ليس كل زنا حجة طلاق المرأة لأنها إن كان لم يتم لها أربع عشرة سنة وزنت لا تطلق . وهكذا إن سبقت غصباً وصرخت ، أو كانت خرساء وقهرت » أو إن غلطت أى أنها رأت في فراشها رجلاً غريباً فظننت أنه زوجها ودخلت عليه ، ولما غرقت في النوم بوختت وهي غر غافل » . وإذا كان النس السابق يعنى من زنت بعض إرادتها إذا لم تبلغ ١٤ سنة فاننا لا نرى تحليلاً لذلك ، لأنها تعتبر مميزة ، الهيم إلا أن يقال إن زواجها تم باطلاً وتبعاً لذلك لا يقوم زواجها ولا يند عليها زنا » أو على أساس أنها غير مميزة في نطاق الزواج فلا تحاسب على خيانتها » (أحد سلامة ، مذكراته السابقة ، ص ٦١ ، ومؤلفه السابق ط ٢ رقم ٣٥٤ ص ٧٧٠) .

(٢) وتنس المادة ١٦/١ من القواعد الخاصة بالبروم الآرتودكس على أن لزوجة أن تطالب المحكم بطلاقها من زوجها « إذا كان الزوج يجتهد متدياً في ذلك على ضاها ، فيدفعها ، تتزنى مع آخرين » . وانظر أيضاً المادة ٥٠٠ لوهن . وتنس على أنه « يحكم بالطلاق بناء على طلب الزوجة إذا فسدت أخلاق الزوج وخصوصاً إذا دفع زوجته إلى الرذيلة بقصد المتاجرة بها . ولا يقبل طلب الطلاق من الزوج في هذه الحالة » .

ما أقر أحد الزوجين بالزنا لا ينبغي أن يؤخذ باقراره إذا لم يعم عليه دليل سوى هذا الإقرار. ذلك أن الإقرار بالزنا قد يحصل توصلاً إلى إنهاء الرابطة الزوجية، إذ ليس أيسر على من يريد التخلص من الحياة الزوجية من أن يدعى ارتكابه للزنا. ولهذا يرد عليه قصده، فلا يقبل منه إقراره. ومن ناحية أخرى فإن الذى يدعى وقوعه هو الزنا لا يستطيع الوصول إلى التطلق، لأنه هو المتسبب بخطئه فى ذلك، فلا يستفيد من خطئه^(١).

سقوط دعوى التطلق للزنا : لم تبين القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة على وجه التحديد متى يسقط حق كل من الزوجين فى رفع دعوى التطلق. ومن الواضح أن حق الزوج المعتدى عليه يسقط إذا ما وافق على زنا الزوج الآخر^(٢). كما يسقط حق الزوج فى طلب التطلق إذا ما حصل صلح بين الزوجين أو صفح المعتدى عليه عن الزوج المخطئ^(٣).

١٦٨ - السبب الثانى : الخروج عن الدين المسيحى : إذا ما تم الزواج بين مسيحين متحدين فى الديانة ثم خرج أحدهما عن ديانته كان ذلك سبباً لانتهاء الرابطة الزوجية بالتطلق. وهذا السبب مشترك بين الطوائف المسيحية التى

(١) أنظر استئناف القاهرة فى ٢١/٥/١٩٥٨ رقم ٤٦ س ٧٥ فى أشار إليه إهاب اسمايل، رسالته ص ١٢٢ هامش ٢.

(٢) وقد نصت على ذلك المادة ٧ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس فقررت أنه « لا تقبل دعوى الزوج الذى وافق على الزنا أو على عقد قرينه زيجة ثانية ». وانظر كذلك المادتين ١٧ و ١٨ من القواعد الخاصة بهذه الطائفة. وتنص المادة ١٧ على سقوط حق طلب الطلاق بالصفح سواء قبل أو بعد رفع الدعوى. وتنص المادة ١٨ على سقوط دعوى الطلاق بمرور عام من حين علم الطرف الممان بسبب الطلاق، وإلا فيسقط بعد أعوام من يوم وجود سبب الطلاق، مع مراعاة أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها سقوط الدعوى.

(٣) أنظر المادة ٥٦ و ٦٤ من مجموع ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس.

تبيح التطلق . وهو من الأسباب المستقر عليها عندهم ^(١) ، إذ يرون أن من خرج عن ديانته إلى ديانة أخرى يقطع من عداد المؤمنين ، ويصير في حكم الميت ^(٢) ،

وقد نص على هذا السبب لدى الأقباط الأرثوذكس سواء في المجموعات القديمة أم في المجموعات الحديثة . من ذلك ما جاءت به المادة ٢٥ من الخلاصة القانونية حيث نصت على أنه : « إذا خرج أحد الزوجين عن الديانة النصرانية بالكسبة وأشهر أمره علناً وترجح قطع الرجاء من ارتداده للدين المسيحي ، ونشكى من ذلك الزوج الآخر ورغب التصريح له من الرئيس الشرعي بالزوج بآخر مؤمن ، فإن كان الزوج المفاوق المذهب خرج عن إيمانه قريباً وجب على الرئيس إهمال الزوج الآخر مدة يمكنه احتمالها . أعنى مدة لا يُلحقه ضرر من مكوثها بدون زيجة لا في ذاته ولا في أحواله ، ومتى عبرت ولم يرتجع المفاوق وتأكد اليأس من توبته يمكن الزوج الآخر شرعاً من الزوج بمن يريد ، سيما إذا كان المفاوق النصرانية تزوج زيجة خارجة عن المذهب » .

وجاءت المجموعات الحديثة مقررة هذا السبب كذلك بين أسباب انحلال الرابطة الزوجية إلا أن صياغة النصوص تختلف في مجموعة ١٩٣٨ عنها في مجموعة

(١) أنظر المادة ٤٩ و ٥١ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ أقباط . وانظر كذلك المواد من ٦٧ إلى ٧٠ من مجموعة الريان وذلك بالنسبة للمروق عن الديانة وما يلحق به ، والمادة ٤٢ أومن ، والمادة ١٤ روم ، والمادة ١٨ يوتنانت .

(٢) أنظر المادة ٦٧ من مجموعة الريان وتنص على أن فسخ الزواج بسبب المروق من الدين مبنى على أن الانفصل مات حكماً أو تقديراً . وقد صرح بإجازته الرسول بولس بقوله « إن طارق غير المؤمن طليفاً . ليس الأنث أو الأنث مستبدأ في مثل هذه إلا أحوال (١ كو ٧-١٥) .

١٩٥٥ ، إذ قرر هذه الأخيرة أنه « يفسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي » . وهذه الصيغة تحمل على القول بأن الزواج يفسخ بقوة القانون إذا ما خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي . ولكن مع ذلك ينبغي أن تفسر هذه الصيغة على نحو ما جاءت به الخلاصة القانونية ، إذ أنه رغم ما قد يفهم من نصها السابق في المسألة ٢٥ أن الزواج ينحل بمجرد خروج أحد الزوجين عن المسيحية ، إلا أنه لا ينحل بقوة القانون ، بل لابد أن يتم على يد القاضي . وهذا ما قرره الخلاصة في صدر المسألة ٢٥ نفسها حيث تنص بأن « لا يعتبر الفسخ شرعياً حكماً ما لم ينظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعي المتصرف في ذلك ويوقع الحكم رسمياً بالفسخ بناء على ما يثبت من التحقيق ... » . أما عن مجموعة ١٩٣٨ فقد نصت على أنه « إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي واقطع الأمل من رجوعه إليه ، جاز الطلاق بناء على طلب الزوج الآخر » .

ويتبين من هذا النص الأخير أن طلب التطلق جائز في هذه الحالة متى طلبه الزوج الذي بقي على دينه المسيحي . فلا بد للحكم بالتطلق من أن يطلب ذلك إلى القضاء ، وهو أمر جوازي لمن بقي في المسيحية إن شاء طلبه وإن شاء رضى بالبقاء على مع زوجه الذي خرج عن دينه ، إذا لم يجد في بقائه معه خطورة على معتقدهاته الدينية وعلى تربية أولاده تربية مسيحية^(١) .

(١) وقد ينشأ القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى أن طلب التطلق يكون لمن بقي على دينه . أنظر المادة ٦٩ سريان وهي مطابقة لما جاء في المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية . وتقرق المادة ٦٨ من مجموعهم بين الخروج عن الديانة المسيحية وتقرر أن الزواج يفسخ في هذه الحالة ، وبين الخروج من المذهب فقط ولا يفسخ الزواج في هذه الحالة بل يوعظ الشخص ويكث . وقد نصت المادة ٤٢ من القواعد الخاصة باللاوم على أنه « يجوز لأحد الزوجين =

وإذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية تتكلم عن الخروج عن الديانة فأنها ، لم تعرض لحالة الخروج عن المذهب أو الطائفة . ويبدو أن مثل هذا الخروج لا يعد سببا للتطليق ^(١) .

هذا هو الحكم الذى أوردته القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية في صدد الخروج عن الديانة كسبب للتطليق . إلا أن ما جاء في هذا الصدد تعمله قواعد القانون الوضعي . قد سبق أن رأينا أن انطباق الشريعة المسيحية محكوم بشروط معينة ينبغى توافرها ، ومن بين هذه الشروط شرط اتحاد الأفراد في الطائفة والملة . فلكي تنطبق أحكام الشريعة المسيحية ينبغى أن يتحد الأفراد في الطائفة والملة . وخروج أحد الزوجين عن ديانته أو حتى عن مذهب أو طائفته قانونا كما بينا من قبل ، يؤدي إلى عدم تحقق هذا الشرط ، فلا تنطبق الشريعة الملية ، وإنما تنطبق الشريعة العامة وهي الشريعة الإسلامية ^(٢) . وتفرق الشريعة الإسلامية بين التعبير إلى الاسلام وإلى غير الاسلام . فإذا كان التنوير إلى الاسلام

= أن يطلب الطلاق إذا ارتد الزوج الآخر عن دينه « والمادة ١٤ من القواعد الخاصة بالروم على أنه « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ارتداد الآخر عن الديانة المسيحية » . وتقرر المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالبروتستانت أنه : لا يجوز الطلاق إلا بمحكمة من المجلس العمومي وفي الحالتين الآتيتين : . . . (ثانياً) إذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق « وتضيف المادة ١٩ أنه في هذه الحالة : « لا يحكم بالطلاق إلا لصالح الزوج الذي بقى على دينه المسيحي » .

(١) أنظر ما أوردناه في الهامش السابق بالنسبة للمادة ٦٨ من مجموعة السريان .

(٢) والشريعة الإسلامية تصبح واجبة التطبيق متى سلمنا في هذا الصدد بأن التنوير ينتج أثره سواء تم التنوير إلى الاسلام أو إلى غير الاسلام (أنظر جيل العرفاوى « في مؤلفه الخامس بالوعنيين ص ٣٥٢ هامش ١ وأحمد سلامة ، مذكراته السابقة ص ٦٣ - ٦٤ ، ومؤلفه السابق ط ٢ رقم ٣٥٦ ص ٧٧٤ وما يبعدها . وانظر كذلك حكم استئناف الاسكندرية في ١٦/١٢/١٩٠٧ رقم ٣٥ ص ١٥ ق ، صالح حتى ٢ ص ٤٦٧ رقم ٢٠٦١٢ - ٢٠٦١٣ .

من جانب الزوج ، وظلت زوجته على دينها ، لا يفرق بينهما ، إذ للسلم أن يتزوج بكتائية^(١) .

وإذا كان التغير إلى الاسلام من جانب الزوجة فان الشريعة الاسلامية تقضى بالتفريق بينهما بعد أن يعرض الاسلام على الزوج ويمتنع عن الدخول فيه^(٢) .

أما إذا غير أحد الزوجين ديانته إلى اليهودية ، أو غير مذهبه أو طائفته ، فان زواجه يظل صحيحاً في نظر الشريعة الاسلامية ، لأن غير المسلمين يعتبرون ملة واحدة والاسلام يقر الزواج بين مختلفي الديانة أو المذهب ، طالما كان الطرفان يدينان بكتاب سماوى .

ثانيا . الأسباب الخاصة بالأرثوذكس

١٥٩ - السبب الأول : الفقية : لم يتعرض لهذا السبب من أسباب التطلق سوى الطوائف الأرثوذكسية^(٣) . ومن استعراضنا للقواعد الواردة في هذا

(١) وإن كان البعض يقيد من الآثار المترتبة على التغير في هذه الحالة بفكرة الحقوق المسكنية للزوجة ، كما يبيح للزوجة في هذه الحالة أن تطلب التطلق لفرض استناداً إلى المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والضرر في هذه الحالة ينتج من مباشرتها لشخص يخالفها في الدين - أنظر ما سبق لنا بيانه في هذا الصدد فقرة رقم ٥٩ من هذا المؤلف . وكذلك - حكم محكمة النقض في ٢٢ مايو ١٩٥٤ (مجموعة المكسب الثنى س ٥٥ عدد ٣ ص ٦٨٧ وما بعدها وخاصة ٦٩٩) .

(٢) أنظر محمد أبو زهره ، السابق ص ٢٦٤-٢٦٥ .

(٣) ولم تتعرض القواعد الخاصة بالانجيليين لهذا السبب ، ومعنى ذلك أن الفية لا تمد سبباً للتطبيق عندهم ، اللهم إلا إذا حكم بقصد النائب واعتبر بذلك ميتاً حكماً . وهذا ما يطبق أيضاً بالنسبة للكاثوليك بصفة عامة (أنظر ما سبق ص ٢٧٧ هامش ٢ من هذا الكتاب) . والمحتمل الزواج في هذه الحالة يكون بسبب الموت المسكى الذى يأخذ حكم الموت الحقيقي وتسرى قواعده على جميع الطوائف .

الصدد يتبين لنا أنها تفرق بين حالتين : حالة الغائب الذى اقطعت أخباره ، بحيث لا تعلم حياته من وفاته ، وحالة الغائب الذى تؤكد حياته .

١ - حالة النية المنقطعة : - تنظم المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس النية المنقطعة ، فقرر أنه « إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ، ولا تعلم حياته من وفاته ، وصدر حكم بإثبات غيبته ، جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق » .^(١) والنص - كما هو واضح - يتكلم عن حالة الغائب غيبة منقطعة ، وهو الذى تنقطع أخباره ، ولا تعلم حياته من وفاته ، ويستلزم أن يصدر حكم بإثباتها متى استمرت خمس سنوات متوالية ؛ وأن يطلب الطرف الآخر التطليق استناداً إلى هذا السبب^(٢) .

(١) المادة ٥٠ و ٥٢ من مجموعى ١٩٥٥ و ١٩٢٨ .

وتنص المادة ١٠ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس على أن لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عند اختفاء الآخر مدة ثلاث سنوات « كما تتطلب ٧ » من مجموعة الآدمين لتطبيق في حالة النية المنقطعة سرور مدة لا تقل عن ثلاث سنوات « وأن تكون بلا مبرر . وتنص المادة ٩٢ من مجموعة الميراني على أنه « إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لا يعلم مقره ولا حياته من عدنها ، واستمر أمره هكذا مجهولاً من خمس سنوات إلى سبع سنوات ، ولم يخجل قرينه الانتظار أكثر من ذلك ويرغب بعد مضي هذه المدة في التصريح له بالزواج ، يجاب إلى ذلك بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الشرعى غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أكثره خمس سنين ، ولم يظهر له خبر كل هذه المدة ولم يبق لقرينه طاقة على الاحتمال أو رغبة في الانتظار أكثر » .

(٢) ولهذا النص أسسه في المجموعات القديمة للأقباط . فقد جاء في قوانين ابن لفلق (ملحق ابن السال ص ٢٤) أنه : إذا أسر أحد المتزوجين وغاب سبع سنين ، ولم يعلم هل هو حي أم لا ، فزوجه أن يتزوج بغيره وأورد ابن السال (ص ٢١٢) أن الزيجة تنسخ في حالة « انتطاع خبر أحدهما سنين كثيرة بسبب أسر أو غيره » . وجاء به كذلك (ص ٢١٦) : « وتأمّر بفسخ تزويج من هو في الأسر لا جزافاً ، لكن ما دام ظاهراً أن الرجل والمرأة باقيان ، فمن ترك الخلطة على جلستها ولا تصير إلى تزويج ثانٍ للنساء ولا=

والواقع أن الكلام عن النية المنقطعة في هذه الحالة ، يثير مسألة اعتبار النائب مفقوداً . ولذلك تطبق بالنسبة له أحكام المفقود التي نظمها القانون الوضعي على نحو ما بينا من قبل . وهي بذلك أحكام عامة تسرى على جميع المواطنين مسلمين وغير مسلمين^(١) . ولهذا يتمين في صدد النية المنقطعة أن نفرق بين فرضين : الأول حالة ما إذا حكم باعتبار النائب غيبة منقطعة مفقوداً وذلك طبقاً للمادة ٢١ ققرة أولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمد تعديلها بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، حيث يحكم بموت المفقود الذي يفتقد عليه الملاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدته ، أو يصدر قرار من وزير الحرية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين . وفي هذه الحالة تنتهي الشخصية بالموت المحكى

الرجل ، فإن تهجسوا عوقبوا ... وإن كان خفياً هل الشخص الذي في يد العدو في الحياة أم لا ه تخيّل سبيل الرجل والمرأة الصبر خمس سنين ، وبعد ذلك هل ظهر أمر الوفاة أو استمر الترويج جائز بغير تيمة . ثم يكلم ابن السال بعد ذلك عن امرأة الجندي ويوجب عليها تستوثق من وفاته وأن تحصل على شهادة بذلك من أولى الأمر ، ثم تصبر سنة بعد ذلك ويكون لها أن تتزوج . فإذا ما تزوجت دون مراعاة هذه الاجراءات كان زواجها غير شرعي (أنظر س ٢١٦-٢١٧) . وتقضى المسألة ٢٥ (تاسماً) من الخلاصة القانونية بأنه « إذا غلب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره ، بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من عدمها ، واستمر أمره هكذا مجهولاً من خمس سنوات إلى سبع سنوات ، ولم يحتفل قرينه الانتظار أكثر من ذلك ، ويرغب بعد مضي هذه المدة التصريح له بالزواج ، يجاب إلى ذلك ، بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الشرعي غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أقله خمس ، ولم يظهر له خبر كل هذه المدة ، ولم يكن لقرينه احتمال أو رغبة في الانتظار أكثر ... » .

(١) أنظر فيما سبق ققرة ١٤٩ ، وانظر في شأن أحكام المفقود ، مؤلفنا في نظرية الحق المرجع المشار إليه سابقاً ص ١٤٢ وما بعدها .

والواقع أنه إذا كان الشك يثار حول تطبيق القواعد الخاصة بالمفقود التي نظمها القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادتين ٢١ ، ٢٢ (أنظر محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٠٣-١٩٥٧ رقم ١٣٤٣ س ٥٦ ورسالة إهاب اسماعيل س ٧٧ والمهامش) ، فإن نية المفقود في توحيد هذه القواعد وتسميتها تبدو واضحة في القانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ .

ولا تارهننا فكرة طلب التطلق ، وإنما يترتب على انتهاء الشخصية حل الرابطة الزوجية بقوة القانون . ولا تثار أية مشكلة في هذا الصدد تتعلق بتطبيق القواعد الموضوعية للطوائف غير الإسلامية بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية ، لأن الأمر يتعلق بانتهاء الشخصية بافتراض الوفاة ، بعد مرور أربع سنوات إذا كانت النية في ظروف يوجب فيها الهلاك^(١) .

أما الفرض الثاني ، فهو حالة الغائب غيبة منقطعة ولكن لا يحكم بفقده بعد أربع سنوات ، ويكون ذلك في حالة ما إذا غاب في ظروف لا يوجب عليه فيها الهلاك طبقاً لما جاءت به المادة ٢١ فقرة ٢ من القانون ٢٥ سالف الذكر ، كمن سافر إلى بلد آخر طلباً للعلم أو للسياحة وانقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، حيث يفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي . في هذه الحالة قد لا يرى القاضي الحكم باعتباره مفقوداً أولاً يرى ذلك إلا بعد مدة طويلة ، وهنا يمكن إعمال القواعد الخاصة بغير المسلمين في شأن النية المنقطعة باعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة تعد من صميم مسائل الأحوال الشخصية ، وهي مسألة التطلق استناداً إلى هذا السبب . ومن استعراضنا لحكم هذه الحالة لدى الأقباط الأرثوذكس نجد أن المجموعات القديمة والحديثة متفقة على التطلق بسبب الغيبة المنقطعة ، وإن اختلفت قه هذه الطائفة - على ما يبدو - في تبرير الأساس الذي يمتصها تحلل الرابطة الزوجية . فالذي يبدو مما جاء في الخلاصة القانونية أن أساس التطلق هو تضرر الزوج الحاضر وعدم إمكانه الانتظار

(١) وهذا لا يمنع كل ذي شأن - كالزوجة ... - من أن يدهي موت المفقود ، حتى ولو لم تنقضي مدة الأربع سنوات . فان ثبتت الدهوى بأية طريقة من طرق الإثبات انتهت شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكماً (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني ، جزء أول ص ٣٢٨) .

أكثر من المدة المنصوص عليها وليس لديه احتمال أو رغبة في الانتظار^(١) . أما شارح الخلاصة القانونية فيعتبر أن النية الطويلة وانقطاع الأخبار في حكم الوفاة التي تجيز حل الرابطة الزوجية^(٢) .

وأيما كان الأساس الذي يقوم عليه انحلال الرابطة الزوجية في هذه الحالة ، فإن الإجماع ينمقد عليه . ولكن الفقهاء يختلفون في تفصيل الشروط التي تنحل الرابطة على أساسها . إلا أنه مهما يكن من أمر الخلاف . فإنه يلزم أن تكون النية متقطعة ، لاتعلم فيها حياة الشخص من وفاته . كما يلزم أن تستمر هذه النية مدة معينة اختلفت المجموعات في تحديدها ، وتحددها المجموعات الحديثة للأقباط بخمس سنين متوالية^(٣) . وأخيراً يلزم أن يصدر حكم باثبات النية كما قرر المجموعات الحديثة . فإذا قصد بثل هذا الحكم ؟ لا شك أنه يختلف عن الحكم باعتبار النائب مفقوداً ، لأن هذا الأخير يعنى اعتبار النائب ميتاً حكماً ، وتبعا لذلك تنقضى الرابطة الزوجية بقوة القانون دون استلزام صدور حكم بالتطليق ، أو دون اتخاذ إجراءات لطلب التطليق . أما الحكم باثبات النية فإنه ينصرف

(١) أنظر المسألة ٢٥ تاسماً من الخلاصة القانونية ، وكذلك القسم الأخير من المسألة ٢٦ والمادة ٩٢ سريان السالف ذكرها .

(٢) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلتاؤس عوض ، ص ٦٩ هامش ١ حيث جاء « إن الكتاب المقدس يقول صراحة إن المرأة مرتبطة بالرجل ما دام حياً . فان ثبت موته ولو حكماً ترخص لبق بالزيجة . أما إذا ثبت بقاء النائب على قيد الحياة انتظر الآخر حتى يعود اتباعاً لأمر الكتاب » . وهذا ما يبدو وكذلك مما أورده ابن الصال ص ٢١٦ .

(٣) وهذه المدة سبع سنين في قوانين ابن لقلقي ، ويحددها ابن الصال بخمس سنين ، ويحددها الخلاصة القانونية من خمس سنوات إلى سبع . أما القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية الأخرى فاتها تحدداً مدداً مختلفة . وتتفق الأحكام الخاصة بالسريان مع ما أورده الخلاصة القانونية في هذا الصدد (أنظر المادة ٩٣) أما الأرمن والروم فاتهم يحددون المدة بثلاث سنوات .

إلى حالة أخرى غير حالة القعد ، على ما نرى ^(١) . فهو إجراء مستقل يتخذ قبل الالتجاء إلى طلب التطلاق . وإذا ما صدر حكم بإثبات النية بناء على التحقق من توافر شروطها في هذه الحالة ، كان للزوج الآخر أن يطلب التطلاق استناداً إليه ، وهذا ما يجعلنا نقرر هنا أن القاضى الذى ينظر فى دعوى التطلاق يلتزم بحكم إثبات النية ويحجب طالب التطلاق إلى طلبه استناداً إليه ^(٢) . وحكم إثبات النية يقرر فى هذه الحالة أن الشخص قد اختفى تماماً وأن من المستحيل معرفة ما تم فى شأنه ، وإن كان لا يمكن القطع بوفاته .

هذا عن حالة النية المنقطعة ومدى تطبيق القواعد الخاصة التطلاق بالنسبة لها .

٢ - النية التى تتأكد فيها حياة الغائب : فى هذه الحالة يختلف الأمر . ذلك أنه إذا كانت المجموعات الحديثة والقديمة لدى الأقباط تدخل النية المنقطعة فى الاعتبار ، كما ينأ ، فإن اعتبار النية التى تعلم فيها حياة الشخص سبباً للتطلاق يمد من الأمور غير المجمع عليها ، إذ أن المجموعات الحديثة لا تسكلم عنها ، كما أن من بين قهواء الطائفة من يرى أنه لا يمكن حل الرابطة الزوجية بسببها . ويقول ابن الصال فى هذا الصدد « ... لكنه مادام ظاهراً أن الرجل والمرأة باقيان ، فنحن نترك الخلطة على جملتها ، ولا نصير إلى تزويج

(١) أنظر مع ذلك جيل العرفاوى فى مؤلفه الحاس بالوطنين (١٩٦٠/٥٩) ، السابق

ص ٣٥٤ و ٣٥٥ .

(٢) أنظر أيضاً فى هذا : إعاب اسماعيل رسالت ص ١٤٧-١٤٨ . ولا تتطلب الطوائف الأخرى كالأرمن والروم إصدار مثل هذا الحكم . ولذلك فإن القاضى الذى يرض عليه أمر التطلاق لنية هو الذى ينظر فى توافرها ، ويقيم حكمه على أساس ما يراه .

ثان لا النساء ولا الرجال ، فان تهجموا عوقبوا » . ويقول شارح الخلاصة القانونية في شأن هذا النوع من الغيبة « إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظر الآخر حتى يعود اتباعا لأمر الكتاب » . هذا هو الاتجاه الأول في الفقه والمجموعات الحديثة . أما الاتجاه الثاني فانه يرى إمكان إنهاء الرابطة الزوجية حتى في هذه الحالة ، متى توافرت ظروف معينة . فقد جاء في المسألة ٢٥ (تاسماً) من الخلاصة القانونية « أما إذا كانت حياة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ومقره معلوما ، فلا يفسخ الزواج ، اللهم إلا إن طالت المدة ، أعنى تجاوزت السبع سنوات ، أو ثبت أن الغائب قد تزوج ، أو كان الغائب هو الرجل ولم يمت لأمراته النفقة وتشكى الفريق الآخر من ذلك . فلترئيس الروحي تدبير أمره من جهة الزواج بحسبما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع ^(١) » .

هذا هو موقف فقه طائفة الأقباط من الموضوع ، فما هو الحل الذي يمكن

(١) ويترتب من هذا ما أورده ابن لقلني ، إذ يقرر أنه « ... ومادام يعلم بقاء أحدهما المتأسر فلا يفسخ » إلا إذا طالت المدة وثبت أن الغائب قد تزوج أو أن الرجل لم يسير نفقة «مرأة » فلترئيس تدبير الأمر » .

وقد نصت مجموعة السريان الأرثوذكس في المادة ٩٤ منها على هذا المعنى في عبارة هي تنص ما جاءت به الخلاصة القانونية فتتس على أنه : « أما إذا كانت حياة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ومقره معلوما فلا يفسخ الزواج اللهم إلا إن طالت المدة ، أعنى تجاوزت سبع سنوات ، أو ثبت أن الغائب قد تزوج أو إن كان الغائب هو الرجل ولم يمت لأمراته بنفقة كل هذه المدة وتشكى الفريق الآخر من ذلك فلترئيس الروحي تدبير أمره من جهة الزواج بحسبما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع » وهذا الحكم يمكن إعماله كذلك بالنسبة لكل من طائفتي الروم والأرمن نظراً لخصوص النصوص الخاصة بهما في هذا الشأن (أحد سلامة » المتكررات السابقة من ٦٩) . ومع ذلك فقد أضافته المادة ٩٦ من مجموعة السريان أن البعض رأى خلاف ذلك « أي أن المرأة مرتبطة بالرجل ما دام حيا حسب تصريح الكتاب . فان ثبت موته ولو حكماً رخص للباقي بالزيجة » أما إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظر الآخر حتى يعود اتباعاً لأمر الكتاب رو ٧ : ٢ واكو ٧ : ٢٩ » .

الآخذ به في هذا الصدد؟ هل يمكن التطلاق استناداً إلى النية رغم تحقق حياة الغائب، وأياً كان سبب النية؟

تعتبر مسألة التطلاق للنية من مسائل الأحوال الشخصية التي تطبق في شأنها القواعد الخاصة بالشرائع الدينية المختلفة؛ وقد تولت القواعد الموضوعية الواجبة التطلاق بالنسبة للمسلمين حل هذا الموضوع فأباحت التطلاق للنية بتوافر شروط معينة^(١). فما هو الحل الذي ينبغي الآخذ به بالنسبة لغير المسلمين؟

مما لا جدال فيه أن الحاضر من الزوجين يتضرر من غيبة الآخر بسبب بعده عنه، كما هو الشأن في حالة النية المتقطعة على النحو الذي يبينه في الحالة الأولى، إلا أن تضرره في الفرض الحالي أخف وطأة من حالة النية المتقطعة، لأن الأمل في العودة هنا أكبر، مما يخفف وقع الأمر على الزوج الحاضر. وهذا من شأنه أن يطيل صبره في الانتظار أكثر، مما يجعل من القبول إطالة المدة التي يطلب التطلاق بعدها. وهذا ما أقره الفقهاء على النحو السابق. لأنهم إذا كانوا يرون إمكان طلب إنهاء الرابطة الزوجية بعد خمس سنوات في حالة النية المتقطعة، فإنهم استزموا أن تمر سبع سنوات فأكثر في الحالة الثانية. ولهذا ينبغي لكي يمكن التطلاق في هذه الحالة أن تتجاوز النية سبع سنوات.

ومع ذلك فلا يسكتي أن تمر هذه المدة، بل يلزم أن تؤدي النية إلى

(١) إذ تنص المادة ١٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « إذا غلب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها باتناً إذا تضررت من بعده عنها » ولو كان له مال تستطيع الإيقاع منه ». وواضح أن التطلاق في هذه الحالة يقوم على أساس تضرر الزوجة من بعد زوجها متى غاب سنة فأكثر ولم يكن لنيته عذر مقبول. والنية المتصورة في هذه الحالة هي النية التي تلم فيها حياة الشخص، ولو لم يمكن معرفة مقره.

الإضرار بالزوج الحاضر ، كما يلزم أن تكون دون عذر مقبول . فقد يتغيب الشخص ويبدى عذراً مقبولاً ، فإذا لم يبد عذراً على الإطلاق ، ولم يستجب لنداء زوجته أو يرد على الرسائل أو لا يقبل سفره للعيش معه ، الوقت الذي يمكنه فيه ذلك ، أوجب الزوج الآخر الى طلب التطلق .

١٦٠ - السبب الثاني . الحكم بعقوبة مقيدة للحرية :

ارتبط هذا السبب بالنية تأخذ الطوائف الأثرؤذ كسية بهذا السبب من أسباب التطلق ، وإن اختلفت فيما بينها من حيث التفاصيل المتعلقة بشروط تطبيقه .

وقد ربطت الخلاصة القانونية بين أحكام النية وبين حالة الحكم على أحد الزوجين بعقوبة جنائية ، فأعطت للمحكوم عليه حكم « النائب المجهول أمره أو المعلوم مدة من خمس سنوات الى سبع ^(١) .

والواقع أن الربط بين النية والحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية يكشف عن تشابه الأساس الذي يقوم عليه كل من السببين ^(٢) ، وهو

(١) إذ بد أن مرصت لأحكام النية أضافت أنه « ... وكذلك إذ حكم على أحدهما بحكم جنائي أوجب إبطاءه من وطنه أو إقليه ، فإن كانت مدة الحكم لا تزيد على سبع سنوات فالزواج باق وانتظرت مودته وإن كانت تزيد من ذلك زيادة لا تجعلها قرينه أو كان الحكم توقع مدة عمره إلى حيث لا ترجى مودته ، فالخيار لقرينه إن شاء الزواج بآخر يصرح له بذلك بد ثبوت الموجب . والنتيجة أن يعتبر في حالة النائب المجهول أمره أو المعلوم مدة من خمس سنوات إلى سبع ، ومتى هربت ولم يطق قرينه الاحتمال ورغب الاتصال بغير رئيس الرومي إجابته ... » (المسألة ٢٥ من الخلاصة ، السبب التاسع) .

(٢) ويبدو هذا الربط كذلك بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية . فقد تكلم القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من التطلق لنية الزوج أو لجبهه في المواد من ١٢ إلى ١٤ . ويبدو أن =

تضرر الزوج الآخر من غيبة زوجه وبعده عنه ، ولذلك يكون له أن يطلب التطلاق دفعا لهذا الضرر . وإذا كان التطلاق يستند إلى الضرر في كلتا الحالتين ، إلا أن هناك farkا بينهما . ذلك أنه إذا كان من اللازم أن ينتظر زوج الغائب مدة يتحقق فيها تضرره من الغيبة على النحو السابق يانه ، فإن مثل هذا الانتظار لا يلزم في حالة الحكم بمقوبة مقيدة للحرية . ولعل السرفى ذلك يرجع إلى أن مجرد الحكم يكفى للقول بتأكد وقوع الضرر بالزوج الآخر الذى يتعين عليه الانتظار طيلة المدة التى حكم بها على زوجه ، ولهذا يكون له أن يطلب التطلاق منذ صدور حكم .

ومضى تحقق القاضى من صدوره ومن أن المقوبة تتجاوز سبع سنوات كان عليه أن يجيب طالب التطلاق إلى طلبه ^(١) .

= واضحى القانون يقبسون حالة المحبوس على الغائب ، لأنه غياب فعلا ، وقد اشترط مضى مدة تضرر فيها الزوجة كالغياب ، وبعد مضى هذه المدة يكون لزوج الغائب والمحبوس الحق فى طلب التطلاق للضرر . ويقبى فقهاء الشريعة الاسلامية حال زوج الأسير والمحبوس ونحوهما ، ممن يتنذر انتفاع امرأته به ، على زوج المفقود (انظر فى هذا: أبو زهرة ، الأحوال الشخصية السابق ص ٢٦٧ فقرة ٣٠٧) .

(١) على أنه إذا كان أساس التطلاق فى هذه الحالة وسابقتها هو الضرر الذى يعقبى بالزوج الحاضر من جراء بعد زوجه عنه مدة لا يحتملها ، مما يجعل التطلاق قائما على فكرة العلاج ، باعتباره وسيلة لتخليص أحد الزوجين من زوجية لا تحقق أغراضها ، فإن موقف الطرف الآخر يبنى مع ذلك أن يدخل فى الاعتبار على أساس خطئه فى حق الطرف الآخر ، سواء من طريق غيبته مدة طويلة إذا كانت الغيبة بدون عذر ، أو من طريق ارتكابه جريمة أدت إلى الحكم عليه بمقوبة مقيدة للحرية ، وهذا ما يبرز فكرة الخطأ فى جانب الزوج الغائب ، إذا لم يكن لغيبته عذر ، وفى جانب المحكوم عليه ، ويؤدى تيمنا لذلك إلى القول بجعل التطلاق هنا كجزاء على إخلال الزوج بواجباته نحو زوجه .

ومع ذلك فإن فكرة الضرر فى هذا الصدد تمد أبرز من فكرة الجزاء ، لأنه يمتد بالتطلاق تلافى الأضرار بالزوج الحاضر ، والعمل على صيائه من التردى فى حمأة الرذيلة .

النص على هذا السبب في المجموعات المسيحية وشروطه: وأيا كان الأساس الذي يمكن أن يستند إليه لتبرير التطلق في هذه الحالة ، فإن المجموعات الفقهية للأقباط الأرثوذكس لا تتخذ موقفاً واحداً في هذا الصدد . ذلك أن البعض لا يرى انحلال الزواج استناداً إلى هذا السبب ، ويبدو أنهم يطبقون هنا حكم الفائب المعلوم لقر ، إذ أنهم لا يرون انحلال الرابطة الزوجية في حالة الفائب المعلوم حياته ، والمحكوم عليه بمقوبة مقيدة للحرية ليس إلا غائباً معلوم الحياة^(١) .

وعلى خلاف الاتجاه السابق نجد أن المجموعات الحديثة تأخذ بهذا السبب من أسباب التطلق ، وذلك أخذاً عما جاءت به الخلاصة القانونية ، وتأثراً بما تأخذ به القوانين الغرية ، وخاصة القانون الفرنسي . فتص المادة ٥١ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس^(٢) على أن الحكم على أحد الزوجين بمقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر ، يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق . وعلى ضوء هذا النص نعرض للشروط اللازمة للحكم بالتطلق استناداً إلى هذا السبب . وتتلخص هذه الشروط في أنه ينبغي أن يحكم على أحد الزوجين بمقوبة مقيدة للحرية ، لمدة سبع سنوات فأكثر . أي لا بد من صدور حكم ، على أحد الزوجين ، ولمدة معينة .

(١) فيلزم أن يصدر على أحد الزوجين حكم جنائي بمقوبة مقيدة للحرية . والمقوبات المقيدة للحرية هي الأشغال الشاقة والسجن والحبس . والحكمة من

(١) ومن أنصار هذا الاتجاه ابن لقلق ، وابن السال ، وابن كبر في مؤلفه مصباح الظلة ووضح الخدمة .

(٢) ويقابلها المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٣٨ .

ذلك أن هذه العقوبات هي التي يترتب عليها التباعد بين الزوجين مما يؤدي إلى الإضرار بالزوج الآخر^(١).

ويجب أن يكون الحكم نهائياً لا يقبل الطعن فيه بأي سبيل من سبل الطعن كما يجب أن يكون حضوراً إذا كان صادراً في جنابة ، لأن الحكم النيابي في الجنايات يعتبر حكماً غير نهائي يظل إذا حضر المحكوم عليه غائباً أو إذا قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضي المدة ، ثم يعاد نظر الدعوى أمام المحكمة من جديد^(٢) .

(٢) ويلزم أن يصدر الحكم على أحد الزوجين : وفهم من ذلك أنه إذا صدر الحكم على كلا الزوجين ، فلا يكون لأى منهما أن يطلب التطلق استناداً إلى هذا السبب ، إذ لا يستطيع أى منهما أن يحتج بوقوع الضرر به من جراء إصدار قرينه عنه .

وإذا كان من اللازم أن يصدر الحكم على أحد الزوجين ، فإنه يلزم أن يكون هناك عقد زواج صحيح . ومعنى هذا أنه يتعين أن يصدر الحكم على شخص يلحق به وصف الزوج ، ولا يكون ذلك إلا بعد العقد الصحيح وقيام

(١) ولهذا لا تتحقق هذه المحكمة في حالة الحكم بعقوبة جنائية أخرى، أبداً كان نومها ظاهراً أنها ليست مقيدة للحرية . ولا توجد في الوقت الحاضر عقوبات يترتب عليها هذا الأثر سوى العقوبات سالفة الذكر التي ينص عليها قانون العقوبات .

(٢) أنظر المادة ٣٩٥ من قانون الإجراءات الجنائية .

ومع ذلك إذا لم يكن الزوج المحكوم عليه غائباً في هذه الحالة أن يطلب التطلق استناداً إلى هذا السبب ، فإن له أن يطلبه استناداً إلى أحكام الغيبة إذا توافرت شروطها على نحو ما بينا على البند السابق .

الزوجية . وهذا أمر لا جدال فيه : لكن هل يمكن الاستناد إلى هذا السبب إذا لم يصدر الحكم حال قيام الزوجية ، ولكنه صدر قبل ذلك .

يتجه البعض إلى القول بأن الزوج الآخر أن يستند إلى هذا السبب حتى ولو كان الحكم صادرا قبل إتمام الزواج ، مادام أن تنفيذه لا يتم إلا بعد قيامه ؛ فالعبرة عندهم بوقت تنفيذ الحكم لا بوقت صدوره ، لأن الهدف من الطلاق هو رفع تضرر الزوج من غياب زوجه لمدة طويلة . وما دام تنفيذه الحكم لا يبدأ إلا بعد الزواج ، فإن علة الطلاق تتوافر ويجب إباحته ^(١) ..

ولكننا لا نعتقد أن النص ينصرف إلى حالة صدور الحكم قبل الزواج .. وإذا كان لا يشترط صراحة صدور الحكم حال قيام الزوجية ، إلا أنه لا شك في الاستدلال على ذلك من عبارة « الحكم على أحد الزوجين » مما يعني أنه تكون الزوجية قائمة وأن يتوافر وصف الزوج بالنسبة لمن صدر عليه الحكم . خاصة وأن طالب التطبيق في هذه الحالة : إما أن يكون على بينة من الأمر . أى يعلم أنه سيتزوج من محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ، فلا يكون له أن يتضرر من أمر رضى به سلفا ، وتبعاً لذلك لا يصح له الاحتجاج بعدم استطاعته تحمل الحياة الزوجية ، إذا ما قبض على زوجه لتنفيذ العقوبة ^(٢) ، وإما أن يكون جاهلا صدور الحكم قبل الزواج ، على زوجة ، بأن دلس عليه هذا الأخير وأخفى عنه ذلك . وفي هذه الحالة يمكن القول بوقوعه في غلط متعلق بصفة من

(١) جميل الشرفاوى ، المرجع السابق الخامس بالوطنيين غير المسلمين (١٩٦٠/٥٩) *
ص ٣٥٨ . وانظر كذلك إهاب اسماعيل والأسياند التي أوردتها في هذا الصددى رسالته .

(٢) أنظر كذلك Aubry et Rau. Droit civil français, 6e ed. par Paul Rameijn

4. 7 P. 228 note 51

صفات الشخص وهي كونه محكوما عليه ، مما قد يؤدي إلى القول ببطلان الزواج
استناداً إلى هذا السبب ، ومع ذلك فإن الفلظ هنا لا أثر له لأنه ليس من بين
حالات الفلظ التي تدخل في الاعتبار .

ومن هذا يتضح لنا أنه ينبغي أن يقتصر طلب التتليق ، استناداً إلى الحكم
يجبوبة مقيدة للحرية ، على الحالة التي يصدر فيها الحكم على أحد الزوجين حال
قيام الزوجية . وهذا ما هو مسلم به في فرنسا ، إذ يلزم عندهم أن يصدر الحكم
على أحد الزوجين أثناء الزواج pendant le mariage^(١) ، ولا يهتم بعد
ذلك ما إذا كان الحكم قد صدر عقاباً عن فعل وقع أثناء الحياة الزوجية أو
قبلها ، فالمبرة بصدوره حال قيام الزوجية^(٢) . والواقع أن عبارة « الحكم على
الزوجين » مأخوذة عن نص المادة ٢٣١ من القانون المدني الفرنسي
la condamnation de l'un des époux ولهذا ينبغي أن تفسر على
حسب ما هو مأخوذ به في فرنسا ، وقصر طلب التتليق هنا على حالة صدور
الحكم على أحد الزوجين أثناء قيام الزوجية . وإذا أريد الاستناد إلى الحكم

(١) أنظر Aubry et Rau ، السابق ص ٢٢٧ . بلانول وريير وبولانجي ، السابق
مقترحة ١٠٩١ ص ٤٠١ . كولان كايتمان مع دي لامورانديار ، السابق ص ٦٨٤ مقترحة ١١٣٩

(٢) ومع ذلك فإن الحكم الصادر قبل الزواج إذا كان لا يستند إليه وحده كسب للتتليق
على هذا النحو ، إلا أن القضاء الفرنسي يقرر في هذا الصدد أنه إذا أخفى المحكوم عليه مثل
هذا الحكم عن الزوج الآخر ، اعتبر إساءة جسيمة injure grave ويكون لطرف الآخر أن
يطلب التتليق استناداً إلى هذا السبب . انظر المراجع المشار إليهما في الهامش السابق ، في
المواضع نفسها .

ولا نعتقد أن من بين التواعد الخاصة بالطوائف المسيحية عندنا ما يمكن الاستناد إليه
بقول بالتتليق في مثل هذه الحالة .

السابق على الزواج ، وخاصة عندما يخفيه الطرف الآخر ، فلا بد من أن ينص على ذلك كما فعلت بعض الشرائع ^(١) .

(٣) ويلزم أخيراً أن يكون الحكم على النحو السابق لمدة سبع سنوات فأكثر ، بصرف النظر عن الجريمة التي يصدر فيها .

ولا يثير الأمر إشكالا بالنسبة لعقوبتي الأشغال الشاقة أو السجن فإن من المتصور أن تزيد المدة بالنسبة لهما عن سبع سنوات . أما بالنسبة لعقوبة الحبس فلا تصل بحال من الأحوال إلى سبع سنوات حتى في حالة تعدد الجرائم والعقوبات ، إذ تنص المادة ٣٦ عقوبات عن أن الحبس لا يزيد على ٦ سنوات في حالة التعدد ^(٢) .

وعلى أية حال فالتا نعتقد أن من الأوفق في هذا الصدد أن ينص على الحكم بعقوبة مقيدة للحرية لمدة معينة ، دون تفصيل فيما يتعلق بنوع العقوبة التي يحكم بها على الشخص ، إذ ما يمتد به في هذا الصدد هو تضرر الزوج الآخر من بعد قرينه عنه مدة معينة ، بصرف النظر عن نوع الجريمة التي يحكم من أجلها على الشخص أو نوع العقوبة التي يحكم بها عليه . وإذا ما نظرنا إلى هذا الأساس ، وهو تضرر الزوج الحاضر على النحو السابق ، فإنه يلزم أن يكون الحكم لمدة معينة ، بحيث

(١) وقد أشار إهاب اسماحيل (رسلته السابقة ص ١٥٤) إلى أن القانون البلغاري ينص على احتجاز المجرم بالعقوبة والسابق على الزواج سبباً لتطليق ، طالما ثبت أن الزوجة كانت تجهل هذا الأمر .

(٢) ويرى البعض (أحد سلامة . مذكراته السابقة ص ٧٠) أن هناك فرساً بتصور فيه أن تصل مدة الحبس إلى سبع سنوات ويكون ذلك في حالة ما إذا حكم على الشخص بست سنوات عند تعدد الجرائم والعقوبات ، ثم يرتكب أثناء تنفيذ العقوبة جريمة أخرى ويحكم عليه من أجلها بستة فأكثر .

يمكن القول بوقوع الضرر إذا ما انتظر طيلة هذه المدة . وهذا هو ما يبدو من النصوص وما يبدو مما جاءت به الخلاصة القانونية في هذا الصدد ، كما قدمنا .

وقد طبقت المحاكم عندنا شرط المدة وأقرت ما تأخذ به طائفة الأقباط الأرثوذكس من إجازة طلب التطلق إذا ما حكم على الشخص سبع سنوات فأكثر ^(١) .

ولا تقف الشرائع الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية موقف شريعة الأقباط بصفة عامة ، في هذا الصدد ^(٢) .

هذا ويراعى أن حق الزوج الآخر في طلب التطلق استناداً إلى هذا

(٢) استئناف القاهرة في ١٥/١٠/١٩٥٨ رقم ٢٧ س ٧٥ ق ، خلاصه ورابع من ١١٥ . ويتخذ البعض شرط تحديد حد أدنى لمدة العقوبة (إهاب اسماعيل - كتابه السابق من ١٩٨٠ ورسالته من ١٥٢ هامش ٢) . كما أن من أحكام المجالس المليية ما أجاز التطلق إذا إذا سجن الزوج ست سنوات (مجلس على دمنهور في ٢١/١/١٩٥٥ مشار إليه في المرجع لصالح حتى ، السابق من ١٨٩) .

(١) وتتعدد القواعد الخاصة بالزوم إذ تنص على أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا حكم على الآخر بالأشغال الشاقة المؤبدة » (مادة ١٣) . وتنبه القواعد الخاصة بالزوم إلى التخفيف فتص على جواز طلب التطلق « إذا صدر حكم نهائي على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تقل من ثلاث سنوات ... » أما المصريان فقد تأثروا بما جاء في الخلاصة على نحو ما بينا من حيث المدة « وتنص المادة ٩٥ من مجموعتهم على أنه « وكذلك إذا حكم على أحدهما بحكم جنائي أوجب إبعاده عن وطنه أو إقليه . فان كانت مدة الحكم لا تزيد عن سبع سنوات فالزواج باق » وانتظرت عودته . وإن كانت تزيد عن ذلك زيادة لا يشملها قرينه أو كان الحكم بإبعاده مدة عمره إلى حيث لا ترجى عودته ، فالخيار لقرينه إن شاء الزواج بأخر يصرح له بذلك بعد ثبوت الموجب » . ويلاحظ ما يقضي به هذا النص من أحكام خاصة ، إذ يلزم أن يوجب الحكم الجنائي إبعاد الزوج عن وطنه أو إقليه ، فضلاً عن أنه يلزم أن تزيد المدة على سبع سنين زيادة لا يشملها قرينه ، أو كان الحكم بالإبعاد نهائياً ، بحيث لا ترجى عودته .

السبب يتعلق بصدور الحكم . ومعنى ذلك أنه متى صدر الحكم على النحو السابق كان له أن يطلب التطلق، دون استلزام بقائه مدة معينة بعد صدوره^(١).

كما أنه يتعين على القاضى أن يجيب طالب التطلق إذا ما تحقق لديه صدور حكم تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ، على نحو ما ينشأ .

أثر العفو وسقوط العقوبة : وإذا كان الزوج المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية أن يطلب التطلق على النحو السابق . فما هو أثر العفو أو سقوط العقوبة على حقه فى هذا الصدد ، مع مراعاة أن العفو قد يكون عن الجريمة وقد يكون عن العقوبة .

أما بالنسبة للعفو عن الجريمة (amnistie) أو العفو الشامل فإنه يحو عن العقول الصفة الجنائية . وإذا ما صدر بعد الحكم ، يحو حكم الإدانة (مادة ٧٦ عقوبات) ، ويعتبر الجانى كأنه لم يرتكب جريمة ما ، ولا يعد سابقه فى العود . وظالما كان الأمر كذلك ، أمكن القول أن الزوج الآخر - إذا لم يكن قد طلب التطلق وأجيب إلى طلبه - لن يتضرر ، فينتق الأساس الذى يستند إليه ولا تكون له مصلحة فى طلب التطلق^(٢).

(١) انظر مع ذلك إهاب اسماعيل الرسالة السابقة ص ١٥٣ إذ يرى أن على الزوج الانتظار مدة مقبولة لطلب التطلق . وإذا كان لهذا ما يبرره من الناحية الأدبية ، لأنه لا يصح الزوج الآخر أن يبادر سرياً الى طلب انتهاء الرابطة الزوجية بمجرد الحكم عليه ابقاء على ما كان بينهما من أوامر الود والمحبة ، إلا أنه لا يوجد فىصوص القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة ما يشير الى ذلك ، كما هو الأمر بالنسبة لأحكام الشريعة الاسلامية التى أتى جاء بها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتي استلزم مرور سنة على حبه (مادة ١٤) .

(٢) ويتفق هذا الحل مع الأساس الذى يقوم عليه التطلق فى هذه الحالة وهو تضرر الزوج الآخر . بل إن العفو الشامل يقوم حقيقة فى سبيل طلب التطلق ، حتى ولو كان أساس التطلق

وبالنسبة للمفو عن العقوبة *grâce* ، فإنه يقتضى إسقاطها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها مقرر قانوناً (مادة ٧٤ عقوبات) . والأصل أنه لا يترتب عليه سوى عدم تنفيذها على المحكوم عليه ، ويبقى الفصل معتبراً جريمة في نظر القانون ، كما يبقى الحكم بالإدانة قائماً من حيث العقوبات التبعية وآثاره الجنائية .

ويختلف الأمر بحسب ما يؤدى إليه المفو ، فقد يؤدى إلى إسقاط العقوبة كلها ، وفي هذه الحالة لا يكون للزوج الآخر أن يطلب التطلاق لانتفاء الأساس الذى يستند إليه ، إذ ليس هناك مجال لتضرره .

وقد يؤدى المفو عن العقوبة إلى إسقاط بعضها ، أو إلى استبدال أخف منها بها ، وهنا يتعين أن نرى ما يؤدى إليه المفو في هذه الحالة ، فإذا كان من شأنه أن ينقص مدة العقوبة إلى أقل من ٧ سنوات ، لا يكون للزوج الآخر

= هو خطأ المحكوم عليه ، أى باختياره جزاء ، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الفرنسى . إذ من المتفق عليه في فرنسا أن المفو الشامل يقوم عقبة في سبيل طلب التطلاق ، لأنه يحوكل طر يلحقه الحكم الجنائى بالشخص (انظر في هذا : Aubry et Rau : السابق ص ٢٢٨ . بلانول وريبير وبولانجي ، فقرة ٩١ . ١ ص ٤٠١ . ككولان وكايتان وجوليو دولاً موراندبار ، السابق ، فقرة ١١٣٩ ص ٦٨٤) . ومع ذلك فإنه إذا كان لا يمكن التطلاق استناداً إلى الحكم بقوة مقيدة للحرية والذى صدر عنه المفو ، فإن القضاء الفرنسى يقرر في هذا الصدد أن المفو الشامل لا يمنع من الاستناد إلى فكرة الإساءة الجسيمة *injure grave* بالنسبة لفعل نفسه الذى صدر الحكم بشأنه (نقض مدنى فرنسى في ١١ يناير ١٩٥٤ في D. 1954. 566 . وانظر كذلك تليفناً لـ Breton على حكم محكمة Valence في ١٦ مارس ١٩٥٥ في D. 1955. 586 . وهذا يكشف عن أن المفو عن الجريمة لا يحوكل أثر لخطأ في جانب الشخص الذى حكم عليه من قبل . ويرى القضاء الفرنسى إلى جانب ذلك أن إغفاء المفو عن الجريمة السابق على الزواج من الزوج الآخر لا يعد إساءة جسيمة (محكمة ليون في ٢٠ ديسمبر ١٩٣٣ : 148 : 2. 1934. S.) .

طلب التطلق ، لعدم استيفاء شرط المدة ^(١) . ما إذا لم يزد إلى ذلك وبقيت
المدة — رغم العفو — أكثر من ٧ سنوات ، فإن شرط المدة يتوافر ، ويظل
الأساس الذى يستند إليه فى طلب التطلق قائماً .

سقوط العقوبة : قد يصدر حكم بقوبة مقيدة للحرية على أحد الزوجين
وتتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ، ومع ذلك لا ينفذ على المحكوم عليه الذى
يستمر طليقاً نظراً لاختفائه مثلاً ، ويظل الأمر كذلك إلى أن تنتضى العقوبة
بمضى المدة المقررة قانوناً ، فإذا يكون الحل ؟ يترتب على سقوط العقوبة عدم
تنفيذها قطعاً على المحكوم عليه ، وتظل الآثار الجنائية . ولا شك أن الزوج
الآخر أن يطلب التطلق استناداً إلى الحكم طالما أن العقوبة قائمة لم تسقط بمضى
المدة لأن حقه يتعلق بصدور الحكم بالعقوبة ، ولأن من المحتمل تنفيذ
الحكم فى أى وقت قبل سقوطها .

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان قد سكت طيلة المدة التى تسقط بها
العقوبة ثم عاد بعد أن سقطت وطلب التطلق ، فهل له ذلك . لا شك أن الأساس
فى هذه الحالة ينتفى ، إذ لن يتضرر الزوج الآخر من غيبة قرينة وبمده عنه ،
لعدم جواز تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه بعد سقوطها ^(٢) .

(١) وبطبيعة الحال يختلف الأمر فى هذا الفرض وسابقه عنه لو كان أساس التطلق هو
فكرة الخطأ والجزاء كما هو الشأن بالنسبة لقانون الفرنسى . ذلك أن العفو عن العقوبة
لا يمحى المار الذى يلصقه الحكم بالمحكوم عليه . ولهذا يكون للزوج الآخر أن يطلب التطلق
فى هذه الحالة رغم العفو عن العقوبة حتى ولو ترتب عليه عدم تنفيذها كلها أو بعضها .

(٢) والحكم يختلف فى هذه الحالة لو كان التطلق قائماً على فكرة الجزاء ، كما قدمنا .
وواحى أن حق الزوج الآخر فى طلب التطلق يظل قائماً طيلة مدة سقوط العقوبة ، ما لم
يسقط بسبب آخر ، أو ما لم يطرأ سبب يترتب عليه عدم قبول الدعوى .

١٦١ - السبب الثالث : المرض

تعهد - الحالات التي تدخل تحت هذا السبب : رأينا فيما سبق أن الشريعة المسيحية تجعل من المرض مانعاً من موانع الزواج ، وأن المقصود بالمرض هو العجز الجنسي ، والجنون ، والأمراض الأخرى المعدية أو الخطيرة . وقد أتيج لنا عند الكلام عن الموانع ، أن نوضح المقصود بكل منها في حدود اعتبارها من موانع الزواج . ونبيننا في هذا الصدد أن تكلم عنها باعتبارها من أسباب التطلق . وهذا يستلزم أن تكون طارئة بعد قيام الزواج صحيحاً^(١).

والتطلق للمرض بصفة عامة يعتبر علاجاً من زوجية لا تتحقق أغراضها ، وقد أوضح صاحب الخلاصة القانونية العلة في اعتبار المرض سبباً من أسباب التطلق إذ يقول^(٢) : أما الموانع الشخصية فبأن الوضع الرباني من الزواج هو لغايات ثلاث ... وهي لطلب النسل وتحصين الزوجين من ألم الشهوة والتعاون على الماش تطبيقاً للتصوص الصادرة عن ذلك . ولا شك أنه مع وجود الأسباب الشخصية المينة في قسم ١ من المسألة ١٧ يتمتع ولا بد الحصول على هذه الغايات الثلاث المقصودة بالزواج كالوضع الإلهي ، فلا يمكن الاجتماع المقصود منه النسل والتحصين ، ولا يتم التعاون في الماش بواسطة تلك الموانع . وكأن الزواج

(١) ومن هنا تضع أهمية تحديد الوقت الذي يوجد فيه المرض . فإذا كان قائماً وقت الزواج كان مانعاً من الموانع ويمكن أن يؤدي إلى البطلان متى توافرت شروطه . أما إذا طرأ بعد الزواج كان سبباً للتطلق على نحو ما سنستفله فيما يلي . وقد رأينا أهمية تحديد الوقت الذي يوجد فيه المرض وخاصة بالنسبة للطوائف التي تبيح التطلق ، إذ ليس لديها إلا الاستناد إلى المرض باعتباره من موانع الزواج فقط . انظر ما سبق فترة ١١٠ من ١٠١ - ١٢٠ وما جاء بالمعاش في هذا الصدد .

(٢) المسألة ٢٦ من الخلاصة . ويراعى أنه يدخل الأمراض بصفة عامة تحت ما يسميه بالموانع الشخصية (انظر المسألة ١٢ من الخلاصة) .

بهذه الحالة أصبح عديم الفائدة . فلذا صرحت القوانين بفسخ زيجة المعايين بهذه الموانع إذا طلب أزواجهم الفرة ... » .

ويحمل ابن السال^(١) من بين الأسباب التي « يفسخ » بها الزواج باختيار أحد الزوجين « أن يمتنع على قرينه أن يجتمع به الاجتماع المقصود بالزيجة للوجوه المذكورة في القسم الثامن مما يمنع الزيجة^(٢) ، لأن هذا لا يحصل معه القصد الأول بالزيجة وهو حصول النسل ، ولا القصد التابع له وهو دفع ألم الشهوة على الوجه الذي لا تمنه الشريعة » .

وتحمل قوانين ابن تعلق من الأسباب التي « تفسخ » بها الزيجة حدوث « ما يمنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة » ، ويشير قبل ذلك إلى موانع الاجتماع

(١) السابق ص ٢١٢ .

(٢) ويذكر في القسم الثامن (ص ١٩٦) - في صدد الكلام من التوزيع المنوع - « ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة ، وهو إما طبعي كالمتين - وهو الذي لا يشكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ، والحنفي وهو الذي له فرج الذكر والمرأة مما في موضع واحد ، ولكن لها عظم زائد مانع - وإما مرضي وهو على ثلاثة أشرب : أحدها الخصى وثانيها الجنون الذي يكون زمان الإفاقة منه أقل ، وثالثها الأمراض القاطمة كالجذام . وأما البرص فالأمر فيه راجع إلى الاختيار ... » - ويضيف ابن السال إلى ذلك حالة ما إذا وجد الرجل المرأة « نافضة في خلقها بخلافه لحقة النساء لا تصلح لرجال ... » (انظر ص ٢١٤-٢١٥) كما يذكر كذلك حالة ما إذا كان أحدهما يصرع من جنون وكانت هذه الملة طارئة بعد الدخول ، وبين أن في الأمر قولين : أحدهما يرى الاحتمال والصبر والابقاء على الزواج ، والآخر يبيع إتمام الرابطة الزوجية . ولا يرجع ابن السال بين الرأيين (انظر تفصيل ذلك ص ٢١٥ - ٢١٦) . وبالنسبة للجذام اللاحق على الزواج يبين كذلك أن هناك رأيين ويرجع ثانيهما فيقول « وإن تجذم فتيه قولان : الأول : ... أن تجذم أحدهما بعد التوزيع وأراد الآخر مفارقتها فليس له ذلك . والثاني - وهو أولى - : ومن تزوج بامرأة ثم مرض لها بعد زيجتها به داء في بدنها مثل الجذام والبرص إن هو أحب مفارقتها فليس له أن يعطيها مهرها وجهازها ، وإن لم يحب مفارقتها فباح له اعتزالها بشرط أن يجري عليه التنقة على قدر ماله ، لأن الذي جرى عليها لم يكن بهواها ولا هواه (ص ٢١٦) .

المقصود بالزيجة « كالخصى والمجنون المطبق ، والجذام ، والبرص والعظم الناشر في النساء والعين والحنث وما يجرى هذا المجرى »^(١) . وتعرض قوانين ابن لقلق كذلك لحالة ، التي تصرع كثيراً أو بها جذام أو برص إن كان ذلك حل بها بعد زيجتها ، وتبين أنه إذا أراد زوجها تخليتها فلها كل ما أمهرها به وكل ما تجهز به . فان كان قد نفذ فيتمزها وينفق عليها^(٢) .

وقد بينت المجموعات الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية حكم المرض^(٣) . وهي بصفة عامة تتكلم عن أمراض العجز الجنسي والمجنون والأمراض الأخرى الخطيرة . وتنتج مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس إلى التوسع في النظر إلى ما يعتبر سبباً للتطليق من هذه الأمراض يؤيدها في ذلك الفقه السابق ، خلافاً لمجموعة ١٩٥٥ للطائفة نفسها التي قصرتها على نوعين فقط ، وهما : الجنون والعنة^(٤) .

(١) انظر ملحق ابن الصالح ص ٢٤ و ٢٢ على التوالي .

(٢) الموضوع السابق ص ٢٤ .

(٣) انظر المادة ٧٢ وما بعدها من مجموعة السريان ، والمادة ٣٩ و ٤٨ من مجموعة الأرمن ، والمادة ١١ و ١٢ من القواعد الخاصة بالروم .

(٤) وتنص المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بمجنون مطبق أو بمرض معد يمتنع منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء . ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على إصابته به ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء » وكانت الزوجة في سن يمتنع فيه عليها من الفتنة .

أما مجموعة ١٩٥٥ فانها تضييق من نطاق المرض الذي يعتبر سبباً للتطليق ولا تدخل في الاعتبار إلا الجنون والعنة دون الأمراض المعدية ، هذا إلى جانب الاختلاف في شروط تطبيق هذا السبب من أسباب التطليق ، فتتص المادة ٥٢ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بمجنون مطبق ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء . ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصيب زوجها بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء » وكانت الزوجة في سن يمتنع فيها من الفتنة ، ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات .

وإذا كان الخلاف يثار حول أى من المجموعتين تطبيق ، على أساس أن مجموعة ١٩٣٨ أوسع نطاقا ، فإنه ينبغي أن قرر أنه لم يصدر أى منها تشريع من الدولة ، وإنما ينظر إلى هاتين المجموعتين وإلى المجموعات الفقهاء باعتبارها من مصادر الشريعة لدى الأقباط ، ولهذا فإنه ليس لمجموعة ١٩٥٥ من مرجع على مجموعة ١٩٣٨ بل على العكس ، فإن هذه الأخيرة تتفق مع ما جاءت به كتب فقهاء الطائفة . ولهذا لا ينبغي الوقوف لدى مجموعة ١٩٥٥ دون المجموعات الأخرى ، يتجه بعض الشراح . ذلك لأننا طالما قبلنا مبدأ الاعتماد بالمصادر الأخرى غير الكتاب المقدس في هذا الصدد ، فالتا لا ينبغي أن نتقيد بمصدر دون آخر . والواقع أن ما جاءت به المراجع الفقهاء ، وعلى هديها مجموعة ١٩٣٨ في شأن المرض بصفة عامة ، يعد أكثر تعبيراً عن الأحكام الخاصة بالطائفة من مجموعة ١٩٥٥ التي تأثرت على نطاق أوسع بالقانون الفرنسى ، الذى يقوم على أساس منابر للأساس الذى تقوم عليه القواعد الخاصة بالأقباط بالنسبة للحالات التى يباح فيها التطلاق . ذلك أن فكرة الجزاء هى التى تسيطر على أحكام التطلاق فى القانون الفرنسى إذ يقوم على أساس الخطأ الذى يرتكبه أحد الزوجين فى حق الرابطة الزوجية ، ولهذا يستبعد المرض من بين أسباب التطلاق فى هذا للقانون ^(١) .

وفضلا عن ذلك فإن الاجماع يكاد يعتقد الآن فى الفقه والقضاء على عدم

(١) انظر جيل الشرقاوى ، البحث السابق ، ص ٢٧١ .

هذا إلى جانب ما يشهده البعض من حيث تفضيل مجموعة ١٩٣٨ على مجموعة ١٩٥٥ وعدم التحويل على هذه الأخيرة لأنها لم تكن قيمة قانونية يمكنها من إلغاء الأحكام والقواعد التى كانت ثابتة من قبل نظراً لورودها من مصادر متباعدة أو لمرئان المل بها مدة طويلة مما أكسبها قوة عرفية (انظر إهاب اسمايل : الرسالة السابعة ، بند ٦ ص ١٦٦-١٦٨) .

الوقوف لدى ما جاءت به مجموعة ١٩٥٥ ، والاتجاه إلى تطبيق الأحكام الواردة في مجموعة ١٩٣٨ وما جاءت به كتب الفقه في هذا الصدد (١) .

ولهذا فإننا لن نقف في بحثنا للمرض كسبب من أسباب التعلق على ما جاء بمجموعة ١٩٥٥ بل سنعرض له على ضوء ما جاءت به مجموعة ١٩٣٨ وما جاءت كتب فقه الطائفة . والمرض في هذا المجال ينصرف إلى حالات العجز الجنسي والجنون والأمراض الأخرى الخطيرة . وإذا كانت الشروط الخاصة بها تكاد تتشابه ، إلا أن لكل منها خصوصياته ، مما يجعلنا نتكلم عن كل منها على حدة مراراً ، بقدر استطاع عدم تكرار ما سبق لنا بيانه في شأنها عند كلامنا عن موانع الزواج ، فنعرض أولاً للعجز الجنسي ، ثم نعرض بعد ذلك للجنون ثم الأمراض الخطيرة .

١٦٢ أولاً: **العجز الجنسي**: بينا فيما سبق ما هو العجز الجنسي وحالاته ومقيد يدخل في الاعتبار ، وشروطه وأحكامه بصفة عامة وذلك باعتباره مانعاً من

(١) انظر من المؤيدين لهذا الاتجاه : جميل العرفاوي ، الأحكام الخاصة بالوطنيين ، (١٩٦٠/٥٩) السابق ص ٣٥٨ وما بعدها وخاصة ص ٣٦١ . إهاب اسماعيل : وسائله السابقة ص ١٥٦ وما بعدها . وانظر ما سبق لنا بيانه عند كلامنا عن مصادر الفرية المسيحية ، لدى الاقتباس الأثوثوكس بند رقم ٤٢ خاصة ص ١٤٩-١٥٣ . وانظر كذلك ما سبق عند كلامنا عن موانع الزواج بند رقم ١١٢ وخاصة ص ٥٢٠ وما بعدها وانظر الأحكام المفيدة التي أوردناها ختامي وراجع (ص ٦٩ وما بعدها) والتي طبقت بمجموعة ١٩٣٨ بالنسبة للاقتباس .

ولهذا الوضع ما يقا به في الفرية الإسلامية ، إذ اختلف الفقهاء حول التفرق لميوب الجنسية فقط أو التفرق بسببها وبسبب غيرها من الأمراض الأخرى الخطيرة . وقد اتفق سائر الفقهاء مع أبي حنيفة وأبي يوسف على التفرق بسبب العجز الجنسي فقط . أما محمد فقد زاد على ذلك جواز التفرق للأمراض الأخرى وهي الجذام والبرص والجنون ، وقد زاد بعض الفقهاء على ذلك أمراضاً أخرى (انظر في تفصيل ذلك محمد أبو زهرة ، السابق فقرة ٢٩٢ وما بعدها) .

موانع الزواج^(١) . ونعرض له في هذا المقام باعتباره سبباً من أسباب التتليق . وهو يكون كذلك إذا ما طرأ بعد الزواج . فكل ما يمكن أن يطرأ من حالات العجز الجنسي يعد سبباً للتتليق ، متى توافرت فيه الشروط التي سنذكرها فيما يلي . وقد بينت القواعد الطائفية حكم العجز الجنسي باعتباره سبباً من أسباب التتليق ، ونعرض لشروط قيام هذا السبب .

(١) فيلزم أولاً أن يطرأ العجز الجنسي بعد قيام الزواج وأن يثبت ذلك بصورة قاطعة بتقرير الأطباء المختصين . لكن ما هو المقصود بالعجز الجنسي في هذا الصدد ؟ لم تعرض كل من مجموعتي ١٩٣٨ و ١٩٥٥ للإقباط إلا بصورة واحدة من صور العجز الجنسي وهي العنة بالنسبة للرجل ، فلم تعرضا لنفيها ، كما لم تعرضا لحالات العجز الجنسي الطارئة بالنسبة للمرأة^(٢) .

(١) انظر ما سبق فقرة رقم ١٠٧ وما بعدها ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٢) وقد بينت مجموعة الصريان البيوب الموجبة للفسخ ، وهي بالنسبة للرجال الخثونة والقطع ، وبالنسبة للنساء الانطبايق وتلسدة (انظر م ٧٢) .

والخثونة نومان أحدهما ألا يتسكن الرجل من المجامعة طبعاً أو لمرض عرض ، له والثاني أن يكون له عضوا الذكر والأنتى (انظر م ٧٢) والقطع نومان : الحصى ، وهو إزالة الخصيتين ، وقطع الذكر من الروق (م ٧٤) والانطبايق هو أن لا يكون لها طريق النساء (أي الحيض) ، والسدة هي سلة تتكون للمرأة في فم الفرج (م ٧٥) .

وهذه البيوب إذا كانت تدخل في الاعتبار باعتبارها من موانع الزواج ، فانها تعد كذات سبباً للتتليق متى طرأت بعد قيام الزواج ، انظر المواد المشار إليها سابقاً .

ولكن مجموعة الأوهن لم تعرض لعجز الجنسي باعتباره سبباً للتتليق . إذ لم يرد ضمن حالات التتليق إشارة إلى أمراض العجز الجنسي ، وإن كانت المادة ١١ من مجموعتهم قد تسكمت عن العجز الجنسي كاتمة من موانع الزواج إذ نصت على أنه « لا يجوز الزواج إذا كان أحد الماعدين مصاباً بمانع طبيعي أو مرضي يجهل غير صالح لقيام بواجباته الزوجية كالعنة والخثونة والحصاء . أما عقم الرجل أو المرأة فلا يجعل العقد باطلاً » .

والواقع — كما قدمنا — أنه لا ينبغي أن يقتصر الأمر على نوع واحد من حالات العجز الجنسي ، كما لا ينبغي الوقوف لدى العجز الطارئ على الرجل دون المرأة . وهذا ما تؤيده كتب الفقه لدى الأقباط .

فبالنسبة للمرأة أولاً إذا ما طرأ العجز بعد الزواج فانه ينبغي أن يدخل في الاعتبار كسبب من أسباب التطلاق ، متى ثبت عدم إمكان تحقق غايات الزواج مع وجوده . ولعل لسكوت المجموعتين السابقتين عن الكلام على حالات العجز الطارئ لدى المرأة ما يبرره ، إذ أن معظم حالات العجز الطارئة بالنسبة لها إنما تتعلق بالعقم^(١) ، وهو لا يدخل في الاعتبار على الراجح في الشريعة المسيحية ، كما قدمنا^(٢) . ولكن هذا لا يمنع من أنه إذا ما طرأ على الزوجة سبب من أسباب العجز الجنسي أمكن الاستناد إليه لطلب التطلاق . وهذا ما يتضح مما جاءت به كتب الفقه لدى الأقباط^(٣) ، وهو ما يبدو من مجموعة السريان^(٤) .

(١) كاستئصال المبيض أو الرحم .

(٢) انظر ما سبق فقرة ١٠٨ وكذلك فقرة ١٥٣ .

(٣) انظر المسألة ١٧ خلاصة تحت الموانع الشخصية حيث تسوى بالنسبة لموانع الاجتماع التناسلي بين ما إذا كانت من جهة الذكر أو من جهة الأنثى . وكذلك ابن السال ص ١٩٦ . وابن لقلق ، ملحق ابن السال ، ص ٢٢ .

(٤) وتنس المادة ٧٥ من مجموعة المبريات على حالة الانقباض والسدة لدى المرأة ، فتنقرر أنه مع كلا البيبين إن كان الرجل يتسكن من مجامعتها فلا يستطيع أن يفسلها أو يخسرهما وإن امتنع عنها طريق النساء (أو طريق الجماع) ينتظرها سنة ، فإن لم تحبل فطلقها وخسرهما فضلاً عن الهدايا والمهر جهازها أيضاً إن لم يكن له بها علم سابق . وإن كان أخذها على شرط فليضاعف لها المهر إن كانت لا تريد وطلقها . وتنس المادة ٧٣ من المجموعة نفسها على حالة ما إذا عرضت الحنونة بعد الاقتراح بالمرأة . وتبين أن المسألة خلافية . وترجع أن يفصل بين الزوجين بعد أن ينتظر ثلاث سنوات دون شفاء .

أما بالنسبة للرجل فإنه إذا كانت المجموعات الحديثة تقف لدى العنة وحدها، إلا أن الأمر ليس كذلك في كتب الفقه، إذ تتكلم عن حالات أخرى كالجب والخصاء، فهي تسوى بين العنة وما يجرى مجراها من موانع الاجتماع التناسلي. وهي إذ تتكلم عن الحالات السابقة، فإنها توردتها على سبيل المثال^(١).

وعلى ذلك ينبغي أن يسوى بين حالات العجز الجنسي الطاريء بعد الزواج، سواء كانت من جانب الرجل أم من جانب المرأة، كما ينبغي أن يسوى كذلك بين العنة وبين غيرها من الصور الأخرى للعجز الجنسي.

٢ - ويلزم أن يكون العجز الجنسي دائماً أو مؤبداً. أى يلزم أن يكون غير قابل للشفاء، لا يرجى زواله. ففى ثبت ذلك أمكن القول بتحقيق الضرر، ويكون للطرف الآخر مصلحة في طلب التطلق. وقد نصت المجموعات الحديثة للأقباط على هذا الشرط صراحة، كما نصت عليه كذلك الخلاصة القانونية، إذ استلزمت أن تكون حالة العجز الجنسي من الحالات « الغير ممكن

(١) وهذا هو ما يوضح من الخلاصة القانونية، حيث تتكلم عن كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة... كالمين، وهو من لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع، والخنق... والاختصاص، وما يجرى مجراه من موانع الاجتماع التناسلي (انظر المسألة ١٧ القسم الأول). وهذا هو ما يوضح مما أورده ابن السال وابن لقلق في المواضع المشار إليها في المأش قبل السابق.:: وانظر كذلك ماورد في مجموعة السريان م ٧٤ بالنسبة لخنوة الطارئة، ومادة ٧٤ بالنسبة لقطع بازالة الخصيتين أو قطع الذكر، وفي حالة الخنوة إن كان لا يستطيع الاقتران بها أبداً فلتنتظر سنة فقط، فان قطع الأيمن من الشفاء فصلت عنه إن أرادت وأخذت كل ما قدم وكتب لها من المهر والهدايا، إن لم يكن لها علم سابق بخنوته. ولكن إن كان سبق لها علم تخسر مهرها أيضاً إن أرادت النسخ والانفصال. ويبدو أن النس هنا يتكلم عن الخنوة الموجودة من قبل لدى الرجل، رغم أنه تتكلم قبل هذا عن الخنوة الطارئة بعد الزواج لدى المرأة. أما بالنسبة لقطع فإنه إذا كان طارئاً (أو كان قديماً ولم تعرف به الخطيئة) تأخذ المرأة المهر والهدايا التي قدمت لها وتحصل إن أرادت. بخلاف ما إذا علمت وخطبت على شرط، فإنها تخسر مهرها إن فصلت (م ٧٤).

برؤها»^(١) . وهذا ما يتضح كذلك من النصوص الواردة في مجموعة السريان^(٢) . ومعرفة ما إذا كان العجز غير قابل للشفاء من المسائل الفنية التي يرجع فيها إلى أهل الخبرة من الأطباء ، ويستدير القضاء برأيهم في معرفة استحكام المرض من عدمه .

وإلى جانب استلزام ألا يكون العجز قابلاً للشفاء ، تنص مجموعة ١٩٣٨ لتأقياط ، وكتب الفقه عندهم على ضرورة مرور مدة ثلاث سنوات على الإصابة به^(٣) . أى أنه يلزم أن تنقضى مدة ثلاث سنوات على العجز الذي ثبت

(١) ولكن ما أورده ابن لقلق وابن السال في هذا العدد لا ينس صراحة على أن يكون المرض غير قابل للشفاء . فقد أورد ابن لقلق (ملحق ابن السال ص ٢٤) أن الزيجة «تصح» بمجرد ما يمنع منه الاجتماع المقصود فإذا أقام الرجل بعد الاتصال ثلاثة سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه ، فامرأة ولوالديها أن يفسخوا الخلقة بينها
ويقول ابن السال (السابق ص ٢١٤) « إن الترويج بنفسه بحجة ضرورة إذا كان الرجل لا يمكنه أن يجتمع مع المرأة ويفعل ما يخص طبيعته ، بل يقيم بعد الاتصال ثلاث سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه » ومع ذلك فإنه إذا لم تسكن النصوص السابقة تستلزم صراحة شرط عدم القابلية للشفاء ، كما ورد في مجموعة ١٩٣٨ والخلاصة القانونية ، إلا أن هذا الشرط مفهوم ، لأنها تتكلم عن الموانع التي تمنع الاجتماع المقصود بالزواج ، التي تطول إلى ثلاث سنوات دون إمكان الاتصال بين الزوجين .

(٢) فقد نس بالنسبة لعضوة على وجوب الانتظار ثلاث سنين ، فإن لم يشف العجز حصل ، وهذا يبنى أنه إذا كان من الممكن شفاؤه خلال هذه المدة لا يؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية . أما بالنسبة لقطع فلم تعرض النصوص لهذا الحكم ، إذ من الواضح أنه لا يرجح شفاؤه (انظر م ٧٣ و ٧٤) .

(٣) انظر ما أشير إليه بالهامش قبل السابق ، وكذلك المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ والمادة ٢٥ من الخلاصة القانونية . وقد فهم البعض من نص الخلاصة في هذا العدد أنها لا تستلزم أن يكون المرض غير قابل للشفاء ، وأنه يكفي طبقاً لما أورده عبارة المسألة ٢٥ (السبب الرابع) مرور ثلاث سنوات دون شفاء ، وأن مرور هذه المدة هو الحول عليه دون استلزام التحقق من عدم القابلية للشفاء (إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٢٨٢) . ولكن الواقع أن الخلاصة لم تقصد ذلك ، بل قصدت أن يكون المرض غير قابل للشفاء ، وأن تمر =

عندم قابليته للشفاء . أما مجموعة ١٩٥٥ لدى هذه الطائفة فإنها لا تستلزم مرور مدة معينة ، متى ثبتت عدم القابلية للشفاء . أى أنها تكفى بمجرد ثبوت عدم القابلية للشفاء ، وبذلك يعتبر العجز مؤبداً .

والواقع أن هذا الاتجاه الأخير الذى تأخذ به مجموعة ١٩٥٥ يعد أكثر منطقاً من المجموعات السابقة ، ذلك أنه إذا ما تبين أن العجز الجنسى غير قابل للشفاء ، فانه يكون من غير المقبول أن فرغم القرين الآخر على الانتظار مدة ثلاث سنوات ، وخاصة أن حالة العجز قد تكون واضحة لا شك فيها ، كما فى حالة الجب أو حالة وجود أعراض جسمية يمكن القطع معها بعدم القابلية للشفاء^(١) . بل إنه فى جميع الحالات الأخرى التى لا يمكن القطع فيها منذ البداية بقيام حالة العجز الجنسى ، فانه متى ثبت بتقرير المختصين من الأطباء أن الأمر ميثوس منه وأنه لا أمل فى الشفاء ، فلا داعى للانتظار ، وخاصة بعد أن تبذل المحاولات اللازمة للعلاج بالطرق المألوفة الممكنة ، ولم يجد هذا فعلاً ، ولم تظهر أية إمارات للتحسن ، بعد كل تلك المحاولات .

ويؤيد هذا النظر ما جاءت به المادة ١٢ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس ، فهى إذا كانت تستلزم استمرار العلة ثلاث سنوات من وقت الزواج لى يقضى بالطلاق ، إلا أنها تقرر من ناحية أخرى أنه متى ثبت بالفحص

« مدة ثلاث سنوات ، لى يكون فزوج السليم أن يطلب إنهاء الرابطة الزوجية . وهذا ما يوضح جلياً من عبارة الخلاصة نفسها إذ تتكلم من « الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها » . فإذا رغب الملقى منها الفرقة ، بعد أن تكون مضت له ثلاث سنوات ... وتحقق ذلك ، يجلب وتنسخ الزيجة » .

(١) وهذا ما يبدو من مجموعة السريان ، إذ استلزم فى بنى الحالات التى قد يرجح فيها الشفاء أن يبقى الطرفان مدة معينة قبل أن يخلص بينهما . أما فى حالة الجب والمحاض ، فلم تستلزم انتظار أية مدة (م ٧٤) .

الطبي القانوني أن عنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء ؛ يكون للزوجة رفع دعوى الطلاق ، ولو قبل فوات الثلاث سنوات ^(١) .

ويجبه القضاء عندنا في أحكامه الخاصة بالمعز الجنسي ، باعتباره مانعا من موانع الزواج ، إلى الاستدلال على عدم القابلية للشفاء من مرور مدة معينة دون أن يقوى الزوج على الاتصال، وإن كان — كما يبدو — لا يتقيد في هذا الصدد بمرور مدة معينة ^(٢) .

٣ — ويلزم للتطبيق في حالة المعز الجنسي أن يكون من شأنه الاضرار بالزوج الآخر : وهذا الشرط لازم أيضا للطلاق باعتبار المعز مانعا من موانع الزواج . فإذا لم يكن المعز بصورة يتحقق معها الإضرار بالطرف الآخر ، فلا يكون سببا للتطبيق . وكذلك يكون الحكم إذا ما طرأ المعز في ظروف لا يتحقق فيها الإضرار بالآخر .

ذلك أن المعز يؤدي إلى الإضرار بالزوج الآخر لعدم استطاعة القيام بفروض الزوجية بصورة كاملة ، متى طرأ في ظروف معينة خلال الحياة الزوجية ،

(١) وهذا ما تأخذه الفريعة الإسلامية ، إذ تفرق بين الجب من ناحية والعنة والحصاء من ناحية أخرى . ومتى ثبت الجب يفرق بين الزوجين في الحال ، على أساس أن مثل هذا العيب قاطع في استعانة الماشرة الجنسية . أما في حالة العنة والحصاء ، فلا يحكم القاضي بالتفريق بمجرد الطلب وثبوت عدم قرب الزوج من زوجته ، وإنما تؤجل سنة ، بشرط ألا يقر بها خلالها لأن السنة فيها التوصل الأثرية ، وعساه أن يستطيع قرباتها في فصل دون فصل (انظر : محمد أبو زهرة ، السابق فقرة ٢٩٧ ص ٣٥٥) . وانظر أيضاً : جميل العرقاوي في مؤلفه الحساس بالوطنيين (١٩٦٠/٥٩) ، المرجع السابق ص ٣٦٤ .

(٢) وقد رأينا عند كلامنا عن موانع الزواج أن المحاكم لا تتقيد بمدة معينة لقول بأن المعز الجنسي يعتبر دائماً لكي تحكم بالطلاق (انظر الأحكام المشار إليها بهامش ١ ص ١٣٠ فيما سبق) .

كما سنرى حالا . أما إذا لم يكن العجز كاملا ، بل كان الزوج يستطيع القيام — مع ذلك — بفروض الزوجية بصورة لا تضر ضررا بليغا بالزوج الآخر ، فلا يكون لهذا الأخير طلب التطلق ^(١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن العجز قد يطرأ في ظروف لا يتحقق فيها الإضرار بالطرف الآخر أو يفترض أنه كذلك . ولهذا تستلزم المجموعات الحديثة للأقباط أن تكون « الزوجة في سن يخشى فيه عليها من الفتنة » حتى يمكن إجابتها إلى طلب التطلق . إذ يمكن القول في مثل هذه الظروف أنها تتضرر من عدم إيفاء زوجها فروض الزوجية وتحقيق أغراض الزواج وغاياته الأساسية ، مما قد يؤدي إلى التعريض بها للوقوع في الخطيئة وسلك سبيل منحرف لا يتفق مع غايات الزواج في الشريعة المسيحية ، حيث أوجبت أن يكون المصنع مكرما غير نجس : ^(٢) فإذا كانت الزوجة قد تجاوزت السن الذي يخشى فيه عليها من الفتنة فلا يتحقق الإضرار بها ، وبذلك تتنفي مصلحتها في طلب التطلق . وهذا هو الحكم أيضا في كل حالة تكون فيها الزوجة في ظروف لا يخشى فيها عليها من الفتنة ، كما لو كانت حالتها الصحية تؤدي إلى ذلك رغم عدم تقدمها في السن ^(٣) .

(١) انظر الأمثلة المشار إليها في هذا الصدد بمناسبة العجز الجنسي كاتع من موانع الزواج (ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر كذلك حكم إستئناف القاهرة في ١٩٥٧/١٢٢٢ أوردته خفاجي ورابع ، ص ٢٢ حيث قضى أنه إذا كان الزوج قد أخفق في القيام بواجبه ولم يستطع قربان زوجته نظرا لحالة العنة التي تلازمه والتي لم تنجح فيها العلاج .. فإن هذا العجز يدخل في الاعتبار (الحكم يتعرض للعجز كاتع من موانع الزواج) .

(٢) تادروس ميخائيل ، السابق فقرة ١٥٢ ص ١٠٧ .

(٣) ولهذا يرى البنى (جبل الشرقاوى ، السابق (١٩٦٠-٥٩) ص ٣٦٥) أنه كان الأولى في هذه الحالة ربط خشية الفتنة بحال الزوجة ، بصرف النظر عن السن ، وهو ربط معتول ، وإن كان الغالب أن المرأة متى تقدمت بها السن تقل عندها الرغبة الجنسية ، كما تقل فيها . =

وإذا كنا نرى أنه يلزم أن تكون الزوجة في سن أو في ظروف يخشى عليها فيها من الفتنة على النحو السابق ، فلا ينبغي أن نربط بين هذا وبين ما نصت عليه مجموعة ١٩٥٥ للإقباط حين استلزمت ألا يكون قد مضى على الزواج خمس سنوات . ومعنى هذا أنه يلزم أن يطرأ العجز خلال الخمس سنوات اللاحقة على الزواج حتى يمكن طلب التطلق . والواقع أن هذا الشرط غير مفهوم ، كما قد منا . فهو يعنى أنه لا يمكن طلب التطلق بعد هذه المدة ، حتى ولو كان العجز الطارىء لا يرجى شفاؤه ، وحتى لو كانت الزوجة تتضرر ويخشى عليها من الفتنة .

١٦٣ - ثانياً : الجنون : تكلمنا فيما سبق ^(١) عن الجنون المعاصر للزواج

= واستلزم كون الزوجة في سن أو في ظروف يخشى عليها فيها من الفتنة أمر منطقي ، لأننا لو أجبنا طلب التطلق دون تحديد في هذا الصدد ، لأدى بنا ذلك إلى فتح السيل أمام عدد لا يحصى من الحالات التي يطلب فيها التطلق لعجز الجنسى بسبب تقدم الأزواج في السن ، مع أن هذه المرحلة من حياة الأزواج تمتد من أهم المراحل التي تشتد فيها الحاجة إلى المساعدة . ولهذا يتجه القضاء إلى عدم قبول طلبات التطلق إذا كان قد مضى على قيام الزوجة مدة طويلة ولم يكن المرض طارئاً في بحر الحياة الزوجية ، كما أنه لم يكن من الأمراض المعدية التي يخشى منها على الزوج السليم . وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في هذا الصدد (حكم في ١٩٥٨/٢/٢٩ رقم ٢٢١ س ٧٤ ق - خفاجي ورايع ص ٧٨) بأن « المرض المنفص إلى الطلاق لا يمكن أن يقال به بعد أربعين سنة من حصول الزواج ، إلا أن يكون هذا المرض بحالة معدية يخشى على الزوج السليم منها . وظاهر أن الشلل النصفي ليس من بين هذه الأمراض المعدية ، بل هو من الأمراض المتوقعة حصولها مع تقدم السن ، وقد بلغت الزوجة على حد قول الزوج سن السبعين سنة ، بعد أن أمضت معه كزوجة أربعين سنة . فلم يكن المرض طارئاً في بحر الزواج بل حدث في غروبه » . وبعد أن كادت الحياة تأفل فلا يحل لزواج بعد أن أمضى هذا العهد الطويل مع زوجته أن يطلب التطلق منها لمجرد أنها أصيبت بشلل نصفي في أخريات أيامها . . . » .

وهذا ما يمكن أن يقال بالنسبة لحالات العجز الجنسى ، نظراً لأنها ليست من الأمراض المعدية . مع مراعاة أن الحكم السابق يبرز هذا الفارق بين الأمراض المعدية وغير المعدية من حيث إمكان طلب التطلق في مثل هذه الظروف في حالة الأمراض المعدية وحدها .

(١) فقرة ١١٢ ص ١٨ من هذا الكتاب .

والذى يكون قائماً حال إيرامه . وفى هذا المجال تتكلم عن الجنون الطارىء بعد قيام الزواج باعتباره من الأمراض التى يمكن الاستناد إليها كسبب من أسباب التطبيق فى الشريعة المسيحية ، وهو ما تعرضت له الطوائف الأرثوذكسية .

وقد أوردت مجموعات الأقباط الأرثوذكس الجنون بين الأسباب التى تنحل بها الرابطة الزوجية بصفة عامة ^(١) . ومن استعراضنا للقواعد الواردة فى هذا الشأن بصفة عامة يمكننا أن نبين أن الجنون كسبب للتطبيق ينبغى أن توافر بالنسبة له شروط معينة .

(١) فيلزم أولاً أن يصاب الشخص بالجنون ^(٢) ، وأن يكون جنونه مطبقاً .

(١) فتس المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء » ، كما نصت المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ على الحكم نفسه مع خلاف يسير من حيث المدة إذ تجعلها ثلاث سنوات .

(٢) ويمكن تعريف الجنون بأنه مرض يصيب الل فيفقدده ويلبسه تميزه ، فلا يستطيع الشخص التوفيق بين أفكاره ومشاعره والوسط الخارجى ، ولهذا لا يتد بأقواله وأفعاله (انظر فى هذا : مؤلفنا فى هذا المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الثانى فى نظرية الحق سنة ١٩٦٠ ص ١٨٥ وانظر أيضاً فى التعريف بالجنون ودرجاته ، رفضت خلفى ورابع لطفى ، السابق ص ٦٧ ٦٩) .

والكلام عن الجنون فى هذا الصدد يثير الكلام عن حالات أخرى متصلة به كالتمتة وخاصة أن القانونوضى يعطى للمجنون والمتوه حكماً واحداً من حيث التصرفات المالية . وقد اعتدت المجالس الملبة بالتمتة كسبب من أسباب التطبيق ، انظر إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ١٧٤ - (١٧٥) .

ولم يعتبر القضاء من الجنون بعض أنواع المرض كالأمراض العصبية والصرع (انظر استئناف القاهرة فى ٢٤ / ٥٧ / ٢٠ ص ٧٤ وكذلك حكماً فى ١٤ / ١١ / ١٩٥٦ رقم ١٨٩ ص ٧٣ فى حيث لم تمتد المحكمة بهذين النوعين من الأمراض كسبب لتطبيق - (خلفى ورابع ص ٧٠) - ومع ذلك فإن المادة ٧٨ من مجموعة الريان الأرثوذكس تتكلم عن « الصرع الغير قابل للشفاء » وتضى به الجنون .

والجنون المطبق هو الذى لا يفى الشخص منه ، وهو يعتبر سببا للتطليق لأنه يؤدى إلى الإضرار بالطرف الآخر ، ويجعل الحياة الزوجية غير محتملة . بل إنه يكون من المسير قيامها ، فلا يحقق الزواج أغراضه ^(١) .

ولإى جانب الجنون المطبق ، يدخل الجنون المتقطع فى الاعتبار كذلك ، متى كانت فترة الأفاقة منه أقصر من فترة المرض ، إذ توافر الحكمة هنا أيضا ، مما يدعو إلى القول باعتباره فى حكم الجنون المطبق ^(٢) .

(١) ذلك أن الجنون يحول دون التناغم بين الزوجين ، فلا يمكن أن تتحقق غايات الزواج الأساسية ، كما أنه لا يمكن للمجنون أن يقوم بالتزاماته المختلفة نحو زوجته ، فضلا عما فيه من ترميض الزوج الآخر للخطر والاعتداءات من جانب الجنون ، وخاصة فى فترات اشتداد المرض مما يوقع به الضرر . وقد قيل فى صدد تبرير اعتبار الجنون سببا للتطليق « إن إرغام شخص على الحياة مع مجنون ومن المحكم عليه بقضاء حياته كلها مع حيوات متوحش » Obliger quelqu'un à vivre avec une folle, ce serait le condamner à passer toute sa vie avec un animal sauvage .

(أنظر فى هذا الصدد : دوفليه وكارلو دوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، المرجع السابق ص ٩١) .

وتنص المادة ٤٥ من القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٤٦ على أن لزوج طلب الطلاق ، إذا كان زوجه مصابا بمرض عقلى يؤدى إلى زوال كل اتفاق ذهنى وهام بين الزوجين ، ولا تؤمل منه عودة هذا التناغم . كما تستلزم المادة ١٤٤٣ من القانون المدنى اليونانى أن يكون من شأن الجنون أن يؤدى إلى عدم إمكان التناغم بين الزوجين .. وتنص المادة ١١ من قواعد **الروم** الأرثوذكس أنه يتعين أن يصاب الزوج « فى قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قريبة معرضة للخطر » . وهذا يعنى أنه يلزم عند الروم أن يكون من شأن الجنون جعل حياة الزوج الآخر فى خطر .

وفى الشريعة الإسلامية يبرر فقاؤها « الذين يدخلون الجنون فى الاعتبار كسبب لتطليق ، رأيه فى هذا الصدد على أساس أن الميئنة مع أمثال هؤلاء لا تكون إلا بضرر (أبو زهرة السابق ص ٣٥٦) .

(٢) وهذا ما يتضح من أقوال بعض الفقهاء ، كآين السال ، إذ يجعل من الموانع المرضية « الجنون الذى يكون زمن الأفاقة منه أقل » . آين السال : (المرجع السابق ص ١٩٦)
ويعتبر آين السال الجنون من الموانع التى تمنع الاجتماع المقصود بالبيعة . وانظر فى =

(٢) يلزم أن يكون الجنون غير قابل للشفاء^(١)، وإلا لا يعد سبباً للتطليق .
ولمعرفة ما إذا كان المرض قابلاً للشفاء أو غير قابل له ، يرجع إلى أهل الخبرة
من الأطباء ، وعلى هدى ما يدلون به يتقرر توافر هذا الشرط أو عدم
توافره^(٢).

(٣) ويلزم إلى جانب شرط عدم القابلية للشفاء أن تمر مدة معينة حتى يمكن

= استلزام أن يكون الجنون مطبقاً : ابن لقلق ، ملحق ابن السالك ، السابق ص ٢٢ ، والملاحمة
القانونية ، مسألة ١٧٢٥ حيث ينص عليه ضمن الموانع الشخصية . وقد اعتدت المجالس المليية
بالجنون المتقطع كسبب للتطليق (أنظر : آهاب اسماعيل رسالته ص ١٧٥ والاحكام التي أشار
إليها في هذا الصدد) .

(١) وهذا ما تنص عليه الطوائف المختلفة (أنظر فيما سبق ص ٥٤ و ٥٢ من مجموعتي
١٩٥٥ و ١٩٣٨ أقباط ، والمادة ٧٨ من مجموعة الصمغيات وتنص على أن « الجنون الذي
يوجب النسخ بريد به المتضرعون داء الصرع النير قابل للشفاء » لأنه ليست كل أنواع المالبغوليا
غير قابلة للشفاء . » . وانظر كذلك المادة ٣٩ لوهن وهي تقض بأنه يجوز الحكم بالطلاق
بعد مضي ثلاث سنوات من إصابة أحد الزوجين بجنون لا يشفى . والمادة ١١ روم وهي تستلزم
ألا يكون لهذه المدة أمل في الشفاء .

وقد حكم في هذا الصدد أنه إذا كان أحد الزوجين قد أصيب بالجنون ، إلا أنه لم يمكن
بمستشفى الأمراض العقلية سوى فترة قصيرة بل خلالها من مرضه ، وعاد إلى حالته الطبيعية ،
لا يعد هذا سبباً للتطليق (محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٣ - ٢ - ١٩٥٧ خاضعي رابع ،
السابق ، ص ٦٩) .

(٢) ويمكن في هذا الصدد الأخذ بالقرآن والظروف المحيطة . وفي القانون الانجليزي
يتميز إدخال المريض مصحاً للأمراض العقلية لمعالجة ويقاؤه مدة معينة دليلاً على أن مرضه غير
قابل للشفاء ، سواء كان المريض قد أدخل المصح جبراً أو اختياراً (أنظر جيل الشرفاوى ،
البحث السابق ص ٢٨٧ وهامش ١) . هذا وينبغي أن يراعى أنه إذا كان الشخص يعتبر
مجنوناً متى ثبت ذلك دون استلزام الحجر عليه ، فإن صدور قرار الحجر عليه ييسر سبل إثبات
الجنون ، ويسهل الطرف الآخر الحق في طلب التطليق متى توافرت الشروط الأخرى . واعتبار
الشخص مجنوناً ولو لم يحجر عليه بمجرد ظهور الجنون هو ما تأخذ به الشريعة الإسلامية
(انظر مؤلفنا في نظرية الحق ، المرجع السابق ص ١٨٦ بالهامش) .

طلب التطلق وتختلف المجموعات الطائفية في تحديد هذه المدة. ويقدرها البعض بثلاث سنوات منذ الإصابة بالمرض دون أن يشفى المريض خلالها^(١). ولكن مجموعة ١٩٥٥ للأقباط تستلزم مرور خمس سنوات على الجنون متى ثبت أنه غير قابل للشفاء. وهي أكثر تشددا من المجموعات الأخرى لدى هذه الطائفة وغيرها^(٢). ويبدو أن المحاكم لا تسير هذا الاتجاه^(٣).

هذه هي الشروط اللازمة للاستناد إلى الجنون كسبب للتطلق. فإذا ما توافرت جاز للزوج الآخر أن يطلب إلى القضاء الحكم به، دون حاجة إلى إثبات تحقق الضرر به فعلا، فحق كان الجنون مطبقا، أو يقلب عليه أن يكون هكذا، وكان غير قابل للشفاء وأثبت المختصون ذلك بعد بذل المحاولات الممكنة في سبيل العلاج، واستمر مدة معينة بحسب ما تستلزمه القواعد الخاصة بالعوائق، فإن القضاء يحكم بالتطلق متى تحقق له ذلك^(٤).

(١) وهذا ما تنص عليه المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط، كما تنص عليه الخلاصة القانونية (مسألة ٢٥). والظاهر أن هذا هو ما يقره ابن السال (أنظر ص ٢١٤ ١٩٦٤) بالنسبة للجنون، وإن كان بالنسبة لحالة الصرع من الجنون لا تتكلم عن مدة معينة (أنظر ص ٢١٥ - ٢١٦ من المؤلف نفسه). وهذا ما تؤخذ به المادة ١١ من قواعد الروم الأرثوذكس والمادة ٣٩ للآرمن.

(٢) ومع ذلك فإن المادة ٧٨ من مجموعة القوانين الأرثوذكس تبين أن هناك خلافا حول تحديد فترة استمرار الجنون وأن بعضهم ينتظر سنة وآخرون أربع وغيرهم سبع سنين - وفي الشريعة الإسلامية - طبقا لمذهب الإمام مالك - لا يفرق بين المجنون وزوجه إلا بعد التأجيل سنة، لأنه ربما يشفى بعد سنة. وهذا هو رأى عمر بن الخطاب (أبو زهرة السابق ص ٣٥٩).

(٣) أنظر استئناف في ٦-٢-١٩٥٧ رقم ٣١٦ ص ٧٢ ق (خفاحي وراج، السابق ص ٧٠). وانظر مع ذلك دمنهور الابتدائية في ١٠/٤/١٩٥٦ رقم ٩١ ص ٥٦ صالح حنى رقم ٦٢٠ ص ٤٧٦.

(٤) وننظر الخلاصة القانونية في هذا الصدد أنه متى تحقق ذلك جليا، يجب وبوتسخ الرخصة (مسألة ٢٥). وانظر كذلك ابن لطفى ملحق ابن السال ص ٢٤. ثم انظر مع ذلك إهاب اسماعيل، رسائله السابقة ص ١٨٧.

١٦٤ - (ثالثا) الأمراض الأخرى الخطيرة : تتكلم القواعد الخاصة بالأرثوذكس - إلى جانب العجز الجنسي والجنون - عن أمراض أخرى يجمعها أنها أمراض معدية وخطيرة. وإذا كان الخلاف يارحول اعتبارها سببا للتطليق فالتا نرجح اعتبارها كذلك ، كما بينا من قبل . ولهذا نعرض فيما يلي للشروط اللازمة للاستناد إليها كسب للتطليق . ويتضح من المجموعات التي تعرضت لهذا السبب ، أنه يلزم أن يوجد مرض على درجة من الخطورة ، وأن يكون غير قابل للشفاء ، وأن يستمر مدة معينة ^(١) .

(١) فيلزم أولاً أن يكون المرض على درجة من الخطورة ، ولهذا تنص مجموعة ١٩٣٨ للأقباط أن يكون من الأمراض المعدية التي يغشى منها على سلامة الزوج الآخر . ولم تذكر هذه المجموعة أمثلة للمرض الذي يتوافر فيه هذا الوصف ، ولكن كتب قه الطائفة ذكرت أمثلة للأمراض دون أن توردتها على سبيل الحصر ، كما يتضح جلياً من عباراتها. ^(٢) وعلى أساس ما جاءت

(١) وقد أخذ القضاء بهذا ، فقررت محكمة استئناف القاهرة (في ٣٠-٣-٥٨ رقم ٣ س. ٧٤ في صالح حتى ٢ رقم ٦١٥ في ٤٦٩) أن شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تجيز التطليق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين ، وإلا لما كانت هناك معاونة أو مساعدة من جانب أحد الزوجين للآخر ، وإنما وضع قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة والصادر سنة ١٩٣٨ ضوابط استلزمها من روح رجال الدين ونصوصهم ، فأوجب في المرض المنبئ للتفريق ثلاث شروط هي : (١) أن يكون المرض مما لا تقوم معه الحياة الزوجية المشتركة إلا بغير جسيم يلحق بأحد الزوجين من ناحية خطر العدوى أو من ناحية عدم إمكان تحقيق أية غاية من غايات الزواج (٢) أن تنقضي ثلاث سنوات على المرض (٣) أن يثبت في نهاية المدة أنه غير متعكم لا يمكن البرء منه ، فان كان مرضى شفاؤه فلا يجوز التفريق بسببه .

(٢) وقد رأينا أن قوانين ابن لقلق تذكر من بين هذه الأمراض « الجذام والبرص .. وما يجري هذا الجرى » ، وهي تتكلم هنا مع الأمراض التي يتمتع بها الاجتماع المقصود بالزيجة ، ويرى ابن السال كذلك إدخال الجذام والبرص في الاعتبار (أنظر فيما سبق ص ٨٦٠ =

به مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، وما جاء في كتب فقه الطائفة ، يمكن القول بأن الأمراض الخطيرة التي تدخل في الاعتبار لم ترد على سبيل المحصر . وكل ما هنالك أنه يلزم أن يتوافر فيها وصف كونها من الأمراض المدية التي يخفى منها على سلامة الزوج الآخر ، أو كونها على درجة من الجسامة كالجدام والبرص وما يجري مجراها ^(١) . فإذا كنا بصدد مرض معد أو مرض آخر غير المعجز الجنسي والجنون ، بحيث لا يتم معه الاجتماع المقصود بالزواج إلا بضرر كان هذا المرض سببا للتطليق . والضرر كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ضرر عام يشمل الزوج الآخر أو نسله ، بحيث يكون شديداً لا يمكن احتماله أو يبقى أثراً في القدرة ^(٢) . وإذا كانت مجموعات الأقباط لم تورد بياناً لما يعتبر من الأمراض السابقة سبباً للتطليق وأن كتب الفقه على وجه خاص قد أوردت بعضها - الجدام والبرص - على سبيل المثال ، فإننا ينبغي أن نستعرض أحكام القضاء في هذا الصدد حتى نرى منها أمثلة لما اعتبر سبباً للتطليق وما لم يعتبر كذلك . وباستعراض تلك الأحكام نجد أنها تجعل من بين هذه الأمراض

== هامش ٢) وهذا هو الشأن بالنسبة لما جاءت به الخلاصة القانونية . وبذلك يتبين لنا أن المجموعات الفتية تنير إلى الجدام والبرص وما يجري مجراها ، أي أنها لم تورد هذين التومين من الأمراض إلا على سبيل التمثيل .

(١) وتذكر مجموعة ١٩٣٨ بين موانع الزواج المرض الفتال * كالسسل المتقدم والسرطان ... *

(٢) وقد أخذ القضاء بهذا المقي فقرر أن « الأمراض التي أشار إليها رجال الدين المسيحي في شروحه أو النصوص التي أقرروا أحكامها لم تأت على سبيل المحصر » بحيث لا يدهاها من أمراض غير موجب الطلاق وعم خطورتها ، بل إن إشارتهم لتلك الأمراض قد جاءت على سبيل المثال « (القاهرة الابتدائية في ٢٤ - ١٩ - ١٩٥٦ أشار إليه خفاي وراج السابق ص ٧٣) :

الأمراض السرية^(١) وكذلك السل^(٢) بل إن من الأحكام ما ذهب إلى أن الأمراض التي يترتب عليها عدم صلاحية أحد الزوجين للمعاشرة الزوجية تعتبر سبباً للتطليق متى كان في الإبقاء على الحياة الزوجية ضرر جسيم للآخر حيث لا تتحقق غايات الزواج^(٣).

وعلى خلاف ذلك رفضت المحاكم طلبات التطليق في الحالات التي لا يصل فيها المرض إلى درجة الخطورة على النحو السابق . إذ ليس « كل مرض يصيب أحد الزوجين يبرر للزوج الآخر طلب التطليق ... »^(٤) . ولهذا لم تعتبر المحاكم

(١) القاهرة الابتدائية مشار إليه في المجموعة السابقة ص ٧٤ وإن كانت المحكمة قد رفضت طلب التطليق لعدم توافر باقي الشروط الأخرى وخاصة حين ثبت لها من الكشف الطبي غلو الزوج من هذا المرض . والواقع أن المرض السرى من الأمراض الخطيرة المدية .
أنظر المادة ٤٨ من مجموعة **الأوهن** وهي تجمل من إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج سبباً للتطليق .

(٢) القاهرة الابتدائية في ٩-٢-١٩٥٧ وفي ٩-٣-٥٧ . محكمة استئناف القاهرة في ٢٠-٢-٥٧ والأحكام الثلاثة واردة في المجموعة السابقة ص ٧٦-٧٧ . وإذا كان لم يقض بالتطليق في الحالات السابقة فإن ذلك يرجع لعدم توافر الشروط الأخرى وخاصة شرط عدم قابلية المرض لشفاء . ومع ذلك فإن هذه الأحكام قد بينت أن السل من الأمراض الجسيمة التي لها خطرهما ، وقد ثبت أنه ناقل للعدوى بالمخالطة ويترتب عليه استعالة الحياة الزوجية خشية إصابة الزوج السليم ، مما يجعله حائلاً دون تحقيق غايات الزواج .

(٣) أنظر القاهرة الابتدائية في ٢٤-١١-١٩٥٦ وأوردته المجموعة السابقة ص ٧٤ وقد بين الحكم أنه ثبت أن هذا الزوج شلاً تورباً بالأطراف مع تأثر بالحساسية ، وأن خذل العضلات وتوربها قد اضطرب في حالة الطرفين الملويين برعشة واضحة باليدين ، وفي حالة الطرفين السفليين يسقط القدمين ومشية توربية غير متزنة ولا مستقيمة ، كما أن الحالة قد اضطربت بتأثر قوة ودقة إصابع يديها إلى درجة كبيرة ، وأن هذه الحالة في مجموعها بالدرجة التي وضعت تجعلها غير صالحة للمعاشرة الزوجية .

(٤) أنظر استئناف القاهرة في ٢٩-٥-١٩٥٧ رقم ٧٨ ص ٧٤ في المجموعة السابقة ص ٧٧ .

كون الزوجة « نجيعة وبها أنيميا ملحوظة » سببا للتطليق^(١). كما لم تعتبر مرض القلب^(٢) ولا الربو^(٣) من بين تلك الأسباب .

هذه بعض أمثلة لما اعتبره القضاء سببا للتطليق من الأمراض، وما لم يعتبره كذلك : ويمكننا في هذا الصدد أن نستير - فضلا عن ذلك - بما جاءت به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة وبما جاءت به الشرائع الأخرى التي تستند إلى المرض كسبب من أسباب التطليق .

فبالنسبة لطائفة السريان الأرثوذكس تذكر المادة ٧٢ من مجموعتهم الجرب والجذام^(٤) . ومن صياغة النص يبدو أنه قد عددها على سبيل الحصر إذ تنص على أن العيوب التي توجب الفسخ سبعة ثم عدت هذه العيوب ومن بينها الجرب والجذام . وتنص المادة ١١ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس على أن « لكل من الزوجين أن يطلب أيضا الطلاق إذا أصيب الآخر بالجذام ».

(١) القاهرة الابتدائية في ٢٢ - ١١ - ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ص ٧٣ .

(٢) ففي كان « الثابت من تقرير الطبي الشرعي أنه وإن كانت الزوجة مريضة بالقلب إلا أن هذا المرض لا يحول دون المباشرة الجنسية ، مع مراعاة أن الزوجة سبق لها الحمل من زوجها : ومن ناحية أخرى فإن إخفاء الزوجة مرض القلب عندها لا أثر له في عقد الزواج طالما ثبت أنه لا يسلط الحياة الجنسية (الاسكندرية الابتدائية في ١٢ يونيو ٥٦ رقم ١٢ ص ١٩٥٦ غير منشور) ، وقد فسرته صالح حتى في ج ٢ رقم ٦٢٣ ص ٤٧٧ .

(٣) ذلك أن مرض الربو - كما جاء في حكم استئناف القاهرة (في ١٩ - ١ - ١٩٥٧ رقم ١٣٨ ص ٧٣ في المجموعة السابقة ٧٤) لا يتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية للاعقاب .

(٤) وتوضح المادتان ٧٦ و ٧٧ من مجموعة السريان المقصود بالجرب والجذام الموجب للفسخ بأنه الجرب الصيق الذي ينتشر في أكثر الجسم فيعوله عن آخره إلى يابض زائد ، حتى أنه ينتبث فيه شر أبيض وإذا تمزج بإبرة وغزا سطعيا لا يميل دما بل سائلا كالليب . وأما الجذام فهو الذي يبقح الوجه ويحفظ العينين ويثقل رموس الأعضاء ويهدل السحنة فتخرج فيها بنور خشنة .

ويدو من هذا النص أنه لا يذكر إلا البذام فقط ، وهو يعد سببا للتطليق دون أى شرط آخر ، أى تكفى الإصابة به حتى يكون ذلك سببا للتطليق خلافا للقواعد الخاصة بالأقباط والتي تستلزم شروطا أخرى من حيث مرور مدة معينة ومن حيث كون المرض غير قابل للشفاء ^(١) . أما مجموعة الأرمين فقد نصت على أن « إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج يحجز للأخر طلب الطلاق » (م ٤٨) . ويدو كذلك أنهم لم يتكلموا إلا عن هذا المرض فقط من الأمراض الخطيرة كسبب للتطليق ، إلى جانب الجنون .

وينص القانون الألماني على أن للزوج أن يطلب الطلاق إذا كان زوجه مصابا بمرض معد أو مرض منفر ... ^(٢) وهذا الحكم قريب من الأحكام الخاصة بالأقباط .

ومجمل القول أنه يلزم للتطليق في هذه الحالة أن يوجد بأحد الزوجين مرض على درجه من الجسامة والخطورة بحيث لا يكون المقام مع المريض إلا بضرر ، كما قدما ، مما قد يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية ، أى يكون من شأن المرض جمل الحياة المشتركة غير محتملة . ومن استعراضنا للقواعد السالفة يتبين

^(١) ويقابل نص المادة ١١ الخاص بالروم نص المادة ١٤٤٤ من القانون المدني اليوناني وتنص على أن :

(Chacun des époux peut demander le divorce si son conjoint souffre de lèpre)

أنظر بالنسبة لهذا السبب في القانون اليوناني : جميل الشرفاوى ، السابق ص ٣٠١ ، وكذلك جورج رويولوس (تحريب محمد على مرفه وهزيخ خانكي) التقنين المدني اليوناني ، السابق ص ١٦٠ - ١٦١ . وقد جاء في التعليق على النص السابق أنه لا يجوز القياس عليه ، مما كانت خطورة الأمراض أو خطر العدوى منها ، أو انتقالها بالوراثة ، وإن كان يصح أن تكون هذه الأمراض سببا لإنهاء للبيئة المشتركة (أنظر م ١٣٩٤ مدني يوناني) ولكنها لا تصلح سببا للتطليق .

(٢) انظر المادة ٤٦ من القانون الصادر سنة ١٩٤٦ - جميل الشرفاوى ، البعث السابق ص ٣١٣ .

لنا أن القواعد الخاصة بالأقباط لم تورد بياناً حصرياً للأمراض في هذا الصدد كما هو الشأن بالنسبة للسرّيان أو الروم أو الأرمن ، ولكنها ذكرت الأمراض المعدية التي يخشى منها على سلامة الآخر (مجموعة ١٩٣٨) ، أو بصفة عامة الأمراض التي يتمتع معها الاجتماع المقصود بالزيجة (كما جاء في كتب الفقه)^(١) . ولهذا لا يمكن القول بأن مرضاً معيناً يدخل في الاعتبار عندهم ، وإنما يترك للقضاء تقدير ما إذا كان المرض معدياً أو من الأمراض التي يتمتع معها الاجتماع المقصود بالزيجة ، غير المعزّج الجنسي والجنون ، مع الاستعانة بأهل الخبرة . ومع ذلك يمكن الاستئثار في هذا الصدد بالأمثلة السالف ذكرها سواء بالنسبة للأقباط أو بالنسبة لغيرهم ، فيدخل في الاعتبار من هذه الأمراض الجذام والبرص والجرب والأمراض السرية والسّل ... متى توافرت فيها الشروط الأخرى^(٢) .

٢ - شرط عدم القابلية للشفاء : إلى جانب ما سبق يلزم أن يكون المريض

(١) وهذه الأمراض جميعها من شأنها أن تكون خطراً على صحة الزوج الآخر أو على أخلافه . وقد جاء في التعليق على الخلاصة القانونية أن « كل هذه (الأمراض) مائة من الزواج خفية أن القرين السليم يقع في المرض أو الفساد » (أشار إلى ذلك جيل الصراوى في مؤلفه لوطيين ، السابق ص ٢٦٦ هامش ٢) . وقد جاء في حكم استئناف القاهرة (٢٠٢٠-١٩٥٧ خضاعي وراجع ص ٧٦-٧٧) أنه يلزم « أن يكون ذلك المرض مما لا تقوم به الحياة الزوجية المشتركة إلا بضرر جسيم يلحق بأحد الزوجين من ناحية خطر العدوى أو من ناحية عدم إمكان تحقيق أي غاية من غايات الزواج » . وانظر كذلك حكماً آخر لمحكمة تنصها في المرجع ذاته ص ٧٧ . ولهذا حكم بأن طلب التطلاق يكون من الزوج السليم ، لأنه هو الذي يقع عليه الضرر . وليس للمريض نفسه طلب التطلاق (مجلس ملى فرعي الاسكندرية في ١٦-١٢-٥٥ صالح حتى ج ١ السابق ص ٩٨٩) .

(٢) ويذكر فقهاء العربة الاسلامية الجذام والبرص (انظر كذلك المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥) لا يترتب عليها من نفرة وضرر بالنسل ، ويرون إمكان التقياس عليها (انظر : أبو زهرة ، السابق ص ٣٥٨) .

غير قابل للشفاء ، أى لا يمكن البرء منه ^(١) .

والواقع أن هذا الشرط لازم يتفق مع ما تمليه أحكام الزواج والالتزامات المترتبة عليه . فالزواج يفرض على كل من الزوجين حسن معاشرة الآخر ، وهذا يستلزم أن يقوم كل منهما نحو صاحبه بواجب المساعدة والمعاونة ، فيعينه عند الحاجة وفى أوقات الشدة ، ويقع الالتزام بالمعاونة والمساعدة على كل من الزوجين طالما لم يكن فى تنفيذه ما يعرضه للمخاطر . فإذا كان القيام به يعرضه للمخاطر ، كما فى حالة الجنون والأمراض المعدية ، لا يقوم هذا الالتزام . وإنما يبقى على الزوج السليم فى هذه الحالة بذل العناية اللازمة للعلاج ^(٢) . ذلك أنه فى الغالب من الأحيان لا ينسب إلى المريض خطأ فى حالة المرض ، ولهذا ينبغى أن يسارع الزوج الآخر ويطلب التلطيق بمجرد إصابة زوجه ، بل يتعين عليه — بدلا من ذلك — بذل ما يستطيع فى سبيل الوصول إلى شفاؤه ^(٣) . فينبغى عليه أن يقوم بما يحتمه عليه الشرع من معونه زوجه فى مرضه ، حتى يتيح له فرصة كافية للعلاج الشامل ، وعليه أن يقوم بواجب المساهمة والاتفاق فى شئون مرضه على قدر طاقته ، حتى لا يطول أمد العلاج ^(٤) .

(١) وقد نصت على هذا الشرط المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاب ، كما نصت عليه أيضاً كتب الفقه لديهم إذ استلزم أن يكون من الأمراض التى لا يمكن برؤها . (المسألة ٢٠ من الخلاصة القانونية . وهو ما يفهم كذلك من كتب الفقه الأخرى) .

(٢) انظر ما سبق ص ٦٨٩ و ٦٩١ .

(٣) فى هذا المعنى استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٢/٢٠ رقم ٢ س ٧٢ فى مجموعة خفاجي وراجع ، ص ٧٦-٧٧ .

(٤) فى هذا المعنى استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٦/١٩ رقم ٦٢ س ٧٤ فى المجموعة السابقة ص ٧٨ رقم ١٧ * ١٨ . وانظر كذلك حكما أشرنا إليه فيما سبق هامش ١ ص ٦٩٢ .

فاذا ما قام السليم بواجبه على النحو السابق وتبين تمذر الشفاء ، وتحقق ذلك جليا ، وتوافرت الشروط الأخرى جاز طلب التطلق^(١) ، طالما كان المرض غير راجع إلى قلة وبخشة وإهماله ، إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يستفيد من قصيره^(٢) .

وتبحث المحاكم دائما توافر شرط عدم القابلية للشفاء لكي تحكم بالتطلق مع إدخالها في الاعتبار قيام الزوج الآخر بواجبه في معالجة قريبه من مرضه . وإذا ما ثبت لديها أن حالة المرض قابلة للشفاء والتحسن ، رغم إصابته بمرض معد - كالسل - فإنها لا تحكم بالتطلق . وهي تستند في ذلك إلى تقارير

(١) والأمر مفوض إليه في هذه الحالة ، كما يقول ابن السال (السابق ص ٢١٦) . فقد أورد في هذا الصدد أن « من تزوج بامرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء في يدها مثل الجذام والبرص ، إن هو أحب مفارقتها فليس عليه أن يطيبها مهرها وجهازها ، وإن لم يحب مفارقتها فباح له اعتزالها بشرط أن يجري عليه النفقة على قدر ماله ، لأن الذي جرى عليها لم يكن يهواها ولا هواه » .

ومع ذلك فإن المحكمة قد لا تنجيه إلى طلبه إذا ما تبين لها أنه لم يتم بالتزامه بالعلاج رغم مقدومه ، ولكنه ترك الآخر عرضة للأمراض حتى استقبل أمرها .

وفضلا عن ذلك فإنه يمكن الاستئثار في هذا الصدد بما يقضى به القانون الألماني ، إذ يجوز طبقا لهذا القانون ألا تنقضي المحكمة بالطلاق إذا وجدت أن طلب الطلاق من الزوج الذي يتحقق لمصلحته سبب من الأسباب الخاصة بالتطلق ، وهي الاختلال العقلي والمرض العقلي والأمراض المعدية المنقولة (تنظر المواد ٤٤-٤٦ من قانون ١٩٤٦) ، غير مبرر من وجهة النظر الخلقية . ويستر الطلب كذلك على وجه خاص إذا كان حل الزواج يضر ضررا كبيرا بالزوج الآخر ، وتقدير منافع الطلب للأخلاق مسألة يرجع فيها إلى الظروف ، وينظر فيها بصفة خاصة إلى مدة بقاء الزوج وأسباب المرض (مادة ٤٧ من القانون السابق . وانظر جيل الشرقاوي البحث السابق ص ٢١٣) .

(٢) فلو فرض أن الزوج لم يكتل زوجته مشلا النائية اللازمة والغذاء والمساكن حتى أصيبت بالسل ، فلا يجوز له طلب التطلق . وهذا هو الحكم أيضا في حالة ما إذا تسبب في إصابة زوجته بمرض سرى (انظر في هذا : خفاجي وراجح ، السابق هامش ص ٧٩-٧٢) .

المختصين من الأطباء . فإذا أثبت التقرير الطبي الشرعي أن حالة المرض قابلة للشفاء بالمعالج الطبي الشامل ، فإنها لا تعتبر سببا للتطليق ^(١) .

وخلاصة القول بالنسبة لهذا الشرط الثاني هو أنه يتعين أن تثبت عدم قابلية المرض للشفاء . ويتحقق ذلك إذا ما عولج المرض بالطرق العادية المألوفة لعلاج مرضه . وإذا كانت مسألة الشفاء من الأمراض أو عدمه من المسائل النسبية التي تتغير على مر الزمن ، نظرا لتقدم الأبحاث العلمية ، فإننا نعتقد أن ينبغي أن ينظر إلى طرق العلاج العادية المألوفة في وقت العلاج . فإذا شفى لا يتوافر سبب التطليق ، وإذا لم تظهر عليه إمارات التحسن ، وقرر أهل الخبرة من الأطباء أن مرضه غير قابل للشفاء ، أمكن طلب التطليق ، متى توافرت الشروط الأخرى .

٣ - إلى جانب ما سبق تستلزم النصوص الخاصة ببعض الطوائف مرومدة معينة حتى يمكن التطليق على أساس المرض . من ذلك ما نصت عليه مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس ، إذ تجيز للزوج الآخر طلب الطلاق إذا كان قد مضى على المرض ثلاث سنوات ، وثبت أنه غير قابل للشفاء . وهذا يعني أنه

(١) انظر في هذا الصدد الأحكام الصادرة من القاهرة الابتدائية في ١٩٠٧-٢-٩ قضية رقم ٦٨٩ في ١٩٠٦ وفي ١٩٠٧-٣-٩ قضية ١١٠٧ في ١٩٠٦ . ومن استئناف القاهرة في ١٩٠٧-٣-٣٠ قضية ٣ في ٧٤ ق . وفي ١٩٠٧-٦-١٩ قضية ٦٢ في ٧٤ ، - وفي ١٩٠٨-٦-١١ قضية ٢١٩ في ٧٤ ق . والأحكام المذكورة في مؤلف خفاجي وراجع السابق ص ٧٥ وما بعدها تحت رقم ١١١ و٢٢١ و١٤ و١٧ و١٨ و٢٠ على التوالي .
وفي القانون الألماني تحتم إجراءات نظر دعوى الطلاق - في حالة السلوك الناتج من الاختلال العقلي - وحالة المرض العقلي والأمراض الحدية والمنفرة - أن يستعان بالخبرة في تقدير توافر الشروط التي ذكرتها النصوص في المرض الذي يؤسس عليه طلب الطلاق (انظر جيل الرفاوي ، البحث السابق ، ص ٣١٣) .

يلزم أن تثبت عدم القابلية للشفاء . وأن تمضي ثلاث سنوات على قيام المرض .
ويبدو أن هذا هو ما تنجبه إليه الخلاصة القانونية كذلك ، وهي تجعل المرض في
هذه الحالة ضمن الأمراض المانعة من الاجتماع المقصود بالزيجة ^(١) . ولكن
يفهم مما أورده ابن لقلق وابن السال في هذا الصدد أنها يفرقان من حيث
استلزام المدة بين الأمراض الخطيرة التي نحن بصدددها - كالجذام والبرص -
حيث لا تستلزم مدة معينة ، وبين الأمراض الأخرى المانعة كالمعجز الجنسي ،
حيث تستلزم مدة ثلاث سنوات ^(٢) .

وتجبه القواعد الخاصة ببعض الطوائف الأخرى إلى عدم استلزام مرور مدة
معينة على المرض في هذه الحالة . من ذلك ما جاء بالنسبة للسريان إذ تكفي
الإصابة بالجذام كما يكفي أن يكون الجرب عتيقا على الوصف الوارد في المادة ٧٦ .
ومن ذلك ما تقتضي به القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس في حالة الجذام ، إذ
يعتبرونه سببا للتطبيق ، دون أية شروط أخرى ، أي أنه تكفي الإصابة به ^(٣)

(١) انظر فيما سبق ص ٨٦٧ هامش ٢

(٢) فقد أورد ابن لقلق أن الزيجة تنفسخ .. « بأن تكون » ما تقدم ذكره من
الزيجات المنوعة ... ويحدث ما يمنع منه الاجتماع المقصود بالزيجة كما تقدم بيانه . فإذا أقام
الرجل بعد الاتصال ثلاثة سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه فطيرة ولوالديها أت يسفخوا
الحلقة بينهما وينبها جهازها » . ثم يعود بعد ذلك ويتكلم من « التي تصرع كثيراً أو بها جذام
أو برص » ولا يستلزم مرور مدة معينة ، كما هو الشأن بالنسبة للأمراض المانعة بصفة عامة ،
ومع أنه تكلم عنها قبل ذلك ضمن الأمراض التي تمنع الزواج (ص ٢٢ ملحق ابن السال) .
إلا أنه يفرد لها حكماً خاصاً بها فيقول : « والتي تصرع كثيراً أو بها جذام أو برص إن كان
ذلك حل بها بعد زيجتها ، فإن أراد زوجها تخليتها ، فلها كل ما أمهرها به وكل ما تجهزت به ،
فإن كان قد نفذ فيتمزها وينفق عليها .. » (ملحق ابن السال ، ص ٢٤) وهذا هو الحق
الذي أورده ابن السال أيضاً (المرجع السابق ص ٢١٣ وكذلك ٢١٤-٢١٦) .

(٣) وهذا هو ما يأخذ به القانون اليوناني ، كما قدمنا .

وما تقضى به المادة ٤٨ من قواعد الأزمن الارثوذكس من أن إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج يميز للأخر طلب الطلاق . أى أن الإصابة بهذا المرض وحده كافية دون شروط أخرى .

على أنه إذا كان من اللازم أن يكون المرض غير قابل للشفاء وأن تنقضى على الإصابة ثلاث سنوات طبقاً لما تنبئ إليه مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، على النحو السابق ، فإن الأمر لا يثير صعوبة إذا ما ثبت فعلاً عدم إمكان الشفاء ، لكن ماذا يكون الحكم لو أن المرض كان قابلاً للشفاء وإنما يستلزم مدة طويلة للعلاج ؟ لاشك في أنه إذا كان المرض قابلاً للشفاء ، فإن شروط التطبيق لاتوافر ، حتى ولو طالت المدة اللازمة للعلاج ، طالما قرر أهل الخبرة ذلك . ومع ذلك فقد اقسمت أحكام المحاكم إزاء هذا الموضوع . ففي اتجاه أول قرر أنه إذا كان المرض مما يمكن شفاؤه « فينبغي ألا تطول مدته إلى الحد الذي يترتب عليه الضرر » ^(١) .

وفي اتجاه آخر قرر انه إذا كان المرض قابلاً للشفاء متى توافر علاجه ، وقرر الأطباء ذلك ، « فلا يصح أن يعتبر هذا المرض سبباً للطلاق ، حتى إذا طالت مدة العلاج ، وإلا كانت الحياة الزوجية متوقفة على إصابة أحد الزوجين بمرض من هذا النوع » ^(٢) .

وتضع الشريعة الإسلامية في هذا الصدد حلاً معقولاً يمكن إدخاله في الاعتبار

(١) وفي حالة الإصابة بمرض السل رأيت المحكمة الاستسلام من مستشفى الأمراض الصدرية من حقيقة المرض ، وتاريخ الإصابة به وأثره وما إذا كان يرجى شفاؤه والمدة اللازمة لذلك (القاهرة الابتدائية في ١٩٠٧-٣-٩ - خطامي ورابع ص ٧٦) .

(٢) استئناف القاهرة في ١٩٠٨-٦-١١ رقم ٢١٩ ص ٧٤ ق - المرجع في الهامش السابق ص ٧٩ .

عند الترجيح بين الاتجاهين السابقين ، إذ تنص المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مسحتكا لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص . . » . وفي القانون الألماني نص على أنه في حالة الأمراض المعدية والمنفرة ، للزوج طلب التطلق إذا كان زوجته مصابا بمرض من هذا النوع^(١) ، متى كان الشفاء منه أو زوال خطر العدوى لا يمكن توقعه في وقت محدد^(٢) .

على أنه ينبغي أن يراعى في صدد هذه الأمراض بصفة عامة ، أن للسليم من الزوجين حق طلب التطلق مهما تقدمت الأيام بالزوجين ، وحتى إذا لم تكن الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة . ذلك لأن الأمراض هنا تختلف عن حالة العجز الجنسي . ففي حالة العجز الجنسي لا تكون هناك أية خطورة من إقامة الزوج السليم مع الآخر ، لأنه ليس من الأمراض المعدية ، فليست هناك خطورة على حياة الزوج السليم من حيث خطر العدوى . وهذا الخطر لا يتقيد بسن معينة .

ومن ناحية أخرى فإن أمراض العجز الجنسي تعتبر من الأمراض التي يتوقع حصولها مع تقدم السن . وهذا فارق هام بين العجز الجنسي والأمراض الأخرى^(٣) .

(١) المادة ٤٦ من القانون الصادر سنة ١٩٤٦ .

(٢) وفي حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٩-٢-١٩٥٨ رقم ٢٢١ س ٧٤ .
خفاجي ورابع ص ٧٨-٧٩ جاء « إن المرض المنفي إلى الطلاق لا يمكن أن يقال به -د-
أربعين سنة من حصول الزواج ، إلا أن يكون هذا المرض بحالة معدية يعنى على الزوج
السليم منها » انظر كذلك فيما سبق ص ٨٧٠ هامش ٣ .

١٦٥ - السبب الرابع : الاعتداء على الزوج الآخر .

تجمل الطوائف الأرثوذكسية من اعتداء أحد الزوجين على الآخر سبياً للتطليق ، وذلك لما يحصل للمعتدى عليه من اضرار نتيجة لهذا الاعتداء الذي تنوع صورته لدى الطوائف المختلفة ^(١) .

وقد تعرضت المجموعات الحديثة للأقباط لهذا السبب ، كما تعرضت له كتب الفقه عندهم . وتنص المادة مع ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ عندهم ^(٢) على أنه «إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد إيذاءه إيذاءً جسيماً ، يمرض صحته للخطر ، جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق » ^(٣)

(١) وتذكر الملاحظة الثانوية أساس التطليق في هذه الحالة فتقول « إضرار أحد الزوجين للآخر إما في دينه أو عمره أو ذاته أو حقوقه الشرعية ، على ما تقرر في السبب الخامس والسادس والعاشر في المسألة ٢٥ . فيها أن ذلك يهدم نظام واجبات الزيجة الموضوعة من الله بأسرها » صرحت القوانين بالفسخ بمقتضاها ... » (مسألة ٢٥ تحت القسم الثاني) .

وفكرة هذا السبب الأساسية نص عليها القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٢٢ التي تتكلم عن التطليق لقسوة وسوء المعاملة والاساءة البالغة ، وهي صور مختلفة من إيذاء أحد الزوجين للآخر ، ولكي تؤدي إلى التطليق يلزم أن تكون الأفعال المكونة للإيذاء بصفة عامة على درجة معينة من الخطورة وأن يكون من شأنها جعل إبقاء الرابطة الزوجية أمراً غير مقبول . وتنص هذه المادة على ذلك بقولها : « ما عدا الحالات المنصوص عليها في المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١ من التتيين المدني الحالي - ليس للقضاء أن يحكموا بالتطليق بناء على طلب أحد الزوجين إلا بسبب القسوة وسوء المعاملة أو الاساءة من أحد الزوجين للآخر ، متى كانت هذه الأفعال تعتبر إعتداء خطيراً أو متكرراً على الواجبات والالتزامات الناشئة عن الزواج » وكان من شأنها أن تجعل الإبقاء على الرابطة الزوجية أمراً لا يحتمل .

(٢) وهي تقابل المادة ٥٥ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) انظر المادة ٨ والمادة ١٦ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس . وانظر المواد ٤١ و ٤٩ و ٥١ بالنسبة للارمن . وانظر المادة ٩٢ و ٩٠ من مجموعة السريان ، وهي لا تخرج عما جاءت به كتب الفقه لدى الأقباط .

ويمكننا في هذا الصدد أن نفرق بين حالتين : حالة الاعتداء على الحياة وحالة الاعتداء على الأيذاء إيذاء جسيما ، من شأنه أن يمرض صحة المعتدى عليه للخطر . وتكلم عن كل من الحالتين ، وما يمكن أن يدخل تحتها من صور الاعتداء ، وآثاره .

(١) **الحالة الأولى ، الاعتداء على حياة الزوج الآخر :** يميز هذا الاعتداء للمعتدى عليه طلب التطلاق لأنه يكشف عن غدر وخيانة وإخلال بالالتزامات الناشئة عن الزواج . والاعتداء في هذه الحالة قاصر على صورة اعتداء على حياة الزوج الآخر . ولا تختلف المجموعات الحديثه عما جاءت به كتب الفقه لدى الأقباط في شأن هذه الحالة ^(١) .

كما أن هذه الأحكام لا تختلف عما جاءت به مجموعات الطوائف الأخرى ^(٢)

(١) فيقرر ابن لقلق أن الزيجة تنفسخ إذا كان أحد الزوجين يدبر على « فساد حياة الآخر » ملحق ابن السال من ٢٤ . كما يتكلم ابن السال من حالة ما إذا كان أحدهما يعمل على حياة الآخر . ويورد في هذا الصدد كذلك أنه إذا « دبرت المرأة على حياة زوجها بأي وجه كان ، أو علمت أن آخرين يحرصون على ذلك فلم تظهره له » . وهذا هو الحكم في حالة ما إذا كان الزوج نفسه يدبر على حياة زوجته بأي وجه كان . (ابن السال ، السابق من ٢١٤ و ٢١٨ و ٢١٩) . وقد جاءت الخلاصة القانونية ببارات عامة شاملة لكل صور الاعتداء فتمت المسألة ٢٥ منها على أنه « إذا تميل أحد الزوجين على إضرار حياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم أن آخرين يسعون في ذلك فيكتمه ولم يظهره لقرينه ، ثم انكشف الأمر وجبت ذلك ينسخ الزواج ويغارق الحائض » .

(٢) انظر المادة ٩٢ من مجموعة السريان وهي لا تخرج عما جاء في الخلاصة القانونية على ما ورد في الماخذ السابق وتمتس المادة ٨ من القواعد الخاصة **بالزوم** على أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لتدنى الآخر على حياته » . وهو نفس ما تقرره المادة ١٤٤٠ من القانون المدني اليوناني « أما **الألم** فتكلم المادة ٤١ من مجموعتهم من أن شروع أحد الزوجين في قتل الآخر يبرر الطلاق » .

والاعتداء على الحياة قد يقع مباشرة من أحد الزوجين على الآخر ، وقد يقع بتدبير أحدهما مع آخرين ، أو بتدبير آخرين على حياة أحد الزوجين مع علم الآخر وكتأنيبه عنه ذلك التدبير على حياته^(١) . وقد يتوافر في هذا الصدد قواعد الاشتراك سواء بالتحريض على حياة الزوج الآخر أو بالاتفاق أو المساعدة ولكن لا يتم الاعتداء . ففى انكشف ذلك وثبت اشتراكه على هذا النحو ، أو حتى إذا ثبت علمه بتدبير الغير على حياته ، ولكنه كتم ذلك عنه ، كان للزوج الآخر طلب التطلق .

والاعتداء يجب أن يكون مدبراً مقصوداً أى ينبغى أن يقع عن عمد ومعرفة وتقدير لما يقوم به الشخص من أفعال ، وأثر هذه الأفعال من حيث الإضرار بالآخر . فلا يكتفى أن يرتكب أحد الزوجين ، عن غير قصد ، فعلاً يعتبر اعتداءً على حياة الآخر حتى يكون لهذا الأخير طلب التطلق . ولهذا إذا ما وقع من أحدهما فعل من هذا القبيل ، ولم يكن مقصوداً من وراءه الاعتداء على حياة الآخر^(٢) ، فلا يكون للمتمدى عليه طلب التطلق ؛ لأن الاعتداء لم يكن مقصوداً . وهذا هو الحكم كذلك فى كل حالة يقع فيها الاعتداء من أحد من الزوجين على الآخر ، متى كان الفعل قد وقع منه وهو لا يدرك أفعاله ، بأن كان به عارض من عوارض الأهلية كالجنون — ما لم تتوافر أسباب التطلق للجنون ، بطبيعة الحال —

(١) وهذا ما يفهم من كتب الفقه لدى الإقباط ، ومن المادة ٩٢ سريان . وإذا كانت المجموعات الحديثة لا تتكلم صراحة عن اشتراك الزوج مع آخر أو علمه بتدبير الآخرين على حياة زوجته ، فلأنها لا تمنع من الوصول إلى الحكم الذى أوردته كتب الفقه .
(٢) كأن يقدم له دواء فيخطئ ويقدم له مادة سامة ويسف بالعلاج ، أو يقع منه خطأ — أى فعل آخر يعد اعتداءً على الحياة — أو يقوم بفعل يعد اعتداءً ولكنه يكون حالة دفاع شرعى .

ذلك أن الاعتداء يعتبر إخلالا بالالتزامات التي يفرضها الزواج ، ولا يمكن أن يقال إن المجنون يقع منه إخلال بهذه الالتزامات .^(١)

والاعتداء على الحياة ليست له صورة محددة ، فهو يكون بأي وجه ، وبأية وسيلة إذ لا تهم وسيلة الاعتداء في هذا الصدد ، طالما كان من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بحياة المعتدى عليه . والقضاء هو الذي يقدر متى تكون الوسيلة المتبعة اعتداء على حياة الشخص . لكن إذا صدر على أحد الزوجين حكم بالادانة في جريمة الشروع في قتل الزوج الآخر كان هذا دليلا قاطعا على توافر سبب التطلاق . ولكن هذا لا يعنى أنه لا يمكن أن يستند إلى أفعال الاعتداء إذا ما حكم بالبراءة على الزوج ، بل إنه يمكن الاستناد إلى الأفعال الصادرة من أحد الزوجين ، ولو صدر حكم ببراءته ، متى كانت هذه الأفعال تعتبر محاولة للاعتداء على الحياة^(٢) .

وعبارة الاعتداء على حياة الزوج الآخر أو التدبير عليها قد توحي بأن المعتدى ينبغي أن يرتكب فعلا يعتبر شروعا في قتل الآخر ، كأن يحاول قتله بأية وسيلة من الوسائل - وهي ماتنص عليه صراحة القواعد الخاصة بالآدمن الأرثوذكس (مادة ٤١) . الا أنه يمكن أن يدخل تحت صورة هذا الاعتداء أي عمل من أعمال العنف من شأنه أن يعرض حياة المعتدى عليه للخطر متى كان الاعتداء مدبرا مقصودا .

(١) انظر في هذا المعنى : أوبري ورو السابق (طبعة ٦) الجزء السابع ص ٢٢١

وهامش ١٢ .

(٢) أنظر في هذا المعنى ماورد بالنسبة لنص المادة ١٤٤ من القانون المدني اليوناني

» جميل الشرفاوى - البحث السابق ص ٢٩٧ »

ويفسر القضاء الفرنسي كلمة *excès* الواردة في المادة ٢٣٢ مدني بأنها كل محاولة يقوم بها أحد الزوجين على حياة الآخر أو كل عمل من شأنه أن يعرض حياة هذا الأخير للخطر ^(١) .

(٢) *ملالة ثنائية* : هي التي لا يصل فيها الأمر إلى مرتبة الاعتداء على حياة الزوج الآخر .

ولهذا نجد أن بعض المجموعات تستلزم أن يقع الاعتداء هنا على سبيل الاعتداء والتكرار ، فاعتراف إلى أن في تكرار الاعتداء ، ما يرقى به إلى مصاف الاعتداء على الحياة من حيث الأثر ، ومن حيث الإضرار بالمعنى عليه ^(٣) . وعلى هذا يلزم هنا - طبقاً لما قضى به بعض المجموعات الحديثة - أن يقع اعتداء جسيم يؤدي إلى الإضرار بالزوج الآخر ، وأن يكون ذلك على وجه الاعتداء . وتتكلم عن هاتين الناحيتين اللتين ينبغي توافرها .

(١) محكمة باريس في ٢٠ أكتوبر ١٨٨٦ منشور (D.P. 88.2.101-102) . ومونبلييه في ٥ فبراير ١٨٩٥ (D. 96.2.101) . وأنظر أيضاً نقض فرنسي « مرائش » في ١٠ يوليو ١٩٠٠ : (D.P. 1900.1.471) وأنظر في تفسير الفقه الفرنسي لهذه الكلمة : أوبري ورو ، السابق ص ٢٢١ .

وقد ظهرت كلمة *excès* في المجموعة الفرنسية لتحل محل نص المشروع الأول الذي كان يحيل من محاولة اعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر سبباً لتطبيق إذ كان ينس على أن : *L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce* . وأنظر في سبب حذف النص وإحلال كلمة *excès* ، أوبري ورو ، السابق ص ٢٢١ وهامش ١٢ . وأنظر أمثلة وصوراً للاعتداء في هذا الصدد أوردها محمد نمر ، التي بقطر ، السابق ص ٢٦٠ .

(٢) وقد قضت المحاكم الفرنسية بأن إساءة *injurer* واحدة ، ولو كانت في غير علانية ، يمكن أن يتوافر معها سبب التطبيق ، متى كانت على درجة كافية من الجسامة - نقض مرائش في ٥ فبراير ١٩١٢ (D.P. 1914.1.323) وفي ٧ فبراير ١٩٣٨ (D.H. 1939.138) وكذلك في ٥ ديسمبر (D. 1953. Somm. 13) .

(١) **الاعتداء :** لكي يمكن طلب التلقيق في هذه الحالة يجب أن يقع الإيذاء بأحد الزوجين من الآخر على وجه الاعتداء . وهذا ما تتطلبه المجموعات الحديثة للأقباط . وهو ما تتطلبه بعض المجموعات الخاصة بالطوائف الأخرى ^(١) . وعلى هذا لا يكتفى أن يقع الاعتداء مرة واحدة ، بل لابد أن يتكشف أن أحد الزوجين قد جعل من إيذاء الزوج الآخر عادة معتادة له ، ويتكرر إيذاؤه ^(٢) ، إذ أن في تكرار الإيذاء والاعتداء عليه ما يكشف عن خطورة الأمر بالنسبة للحياة الزوجية ، فيجعلها غير محتملة ، وفي الإبقاء عليها إضرار بالطرف الآخر .

وقد ير توافر حالة الاعتداء على الإيذاء من الأمور التي تترك لتقاضى الموضوع فهو يقدر عدد الوقائع التي يمكن القول معها بتوافر الاعتداء . ولكن لا يلزم أن تكون الوقائع المكونة للاعتداء من نوع واحد ، كاعتداء الزوج على ضرب زوجته مثلا ، أو اعتياده على اتهامها بأمر معين مثلا . بل قد يتوافر الاعتداء على الإيذاء من تكرار وقائع مختلفة تكون كل منها إساءة ، كاتهام الزوجة ، على غير أساس ، بسرقة ، وإيذاؤها بالضرب ... فكل واحدة من هذه الوقائع تعد اعتداء

(١) فتنس المادة ٥١ من مجموعة **الأومن** على أنه يحكم بالطلاق « إذا تكرر اعتداء أحد الزوجين على شخص الآخر ... » .

وانظر في تطبيق حكم هذا النص واستلزام تكرار الاعتداء ، وأنه لاكتفى واحدة كالضرب مثلا ، حكما لمحكمة القاهرة الابتدائية في ٢٤ - ١١ - ١٩٥٧ قضية رقم ٢٢٦ س ١٩٥٧ خلاصه وراجع السابق ص (١١) .

(٢) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية المشار إليه في الهامش السابق . وانظر كذلك أحكام استئناف القاهرة في ٢٧-٦-١٩٥٦ و ١٥-٥-١٩٥٧ و ٢٢-٥-١٩٥٧ في المرجع المشار إليه بالهامش السابق ص ١٠٧-١٠٨ .

وقد يتوافر الاعتقاد من تكرار اعتدائه بمثل هذه الوقائع المتوعدة ، كالاغتداء بالضرب ، ثم الاتهام بسرقة ، أو بالزنا ... (١) .

(ب) **الاعتداء على الزوج الآخر** : يلزم أن يكون هناك اعتداء يترتب عليه إيذاء الزوج الآخر إيذاء جسيما . وتستلزم المجموعات الحديثة للأقباط أن يكون الإيذاء جسيما ، وأن يكون من شأنه أن يعرض صحة الزوج الآخر للخطر . وهذا يعنى أنه يجب أن يدأب أحد الزوجين على مضايقة الآخر وإيذاؤه إيذاء جسيما مما يؤدي إلى الإضرار به إضرارا يمرض صحته للخطر . ولاتهم وسيلة الاعتداء ، فهو يقع بأية وسيلة - مادية كانت أو معنوية . إذ العبرة بأثره من حيث الإضرار بالزوج المعتدى عليه وإيذاؤه إيذاء جسيما . ولفرق بين الاعتداء المادى والاعتداء المعنوى .

الاعتداء المادى : لا يثار خلاف في الفقه والقضاء حول هذه الوسيلة من وسائل الاعتداء . وليست هناك طريقة معينة يقع بها ، إذ يمكن أن يقع بالضرب ، وهو الوسيلة المألوفة في هذه الحالة ، كما يمكن أن يقع بأية وسيلة مادية أخرى يتحقق بها الإضرار . فقد يعتاد أحد الزوجين ضرب الآخر ضربا مبرحا ، وفي هذه الحالة يعد تكرار الاعتداء بالضرب سببا للتطليق . وقد يتخذ الاعتداء صورة أخرى ، كما إذا استعمل الزوج حقه في الاتصال بزوجته بطريقة فظة قاسية بأن يفرض عليها ذلك بطريقة مبالغ فيها ، مضرة بصحتها ، أو كأن يستعمل حقوقه بطريقة شاذة غير طبيعية ، بأن يأتيها من الخلف ، مما يسبب لها إيلاما جسيما

(١) هذا ويرامى أن استلزام الاحتياد على الإيذاء أو تكراره هو ما تنص عليه بعض المجموعات الحديثة كما سبق . أما كتب الفقه فيبدو أنها لا تستلزم ذلك ، كما سنرى بعد قليل ، عند كلامنا عن الحالات التي تعتبر إيذاء جسيما .

ويعرض صحتها للخطر كذلك^(١) . وبصفة عامة يعتبر إيذاء كل ما يمس سلامة الشخص الآخر ويكون من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار به^(٢) . هذا ولما كان الاعتداء من الوقائع المادية فإنه يثبت بكافة طرق الإثبات . ويستدل عليه بكل ما يكشف عنه ، كأن يترك أثراً ظاهراً في الجسم ، كما في حالة الضرب أو أن يترك آثاراً أخرى تبدو أعراضها على جسم الشخص أو على صحته بصفة عامة . ويقرر أهل الخبرة صلة ما يبدو من أعراض على جسم المعتدى عليه بوسيلة الاعتداء^(٣) .

الاعتداء المعنوي : رأينا أن وسيلة الاعتداء قد تكون مادية وقد تكون معنوية ، وإذا كان الأمر مسلماً به بالنسبة للاعتداء المادي ، فإن الخلاف يثور حول ما إذا كان يمكن أن يتحقق الاعتداء بوسائل أدية . ومع ذلك فإنه يمكننا أن نقرر أن الاعتداء كما يتحقق بوسائل مادية يمكن أن يتحقق كذلك بوسائل معنوية ، ويرتب من الآثار — من حيث الإضرار بالزوج الآخر — ما يرتبه النوع الأول من الاعتداء .

(١) وفي فرنسا يعد هذا قسوة تميز طلب التخليق . انظر كولان وكايتان وليون جوليو جولاموراندبار ، السابق فقرة ١١٤٠ والأحكام المشار إليها في هذا الصدد . وانظر مع ذلك المادة ٢/٤٩ من مجموعة **الأمم المتحدة** حيث تنص على أنه : « كذلك يقضى بالطلاق إذا استبدل الزوج بالطريق الطبيعي للاتصال الجنسي طريقاً مخالفاً للطبيعة والقانون » .

(٢) ويراعى في صدد الاعتداء هنا أنه ينبغي أن يعد تجاوزاً لحق الزوج في تأديب زوجته . فإذا كانت الشريعة الطائفية تقرر للزوج هذا الحق ، فلا تعد ممارسته من الاعتداء في شيء . حالما كانت في الحدود المسموعة .

أما إذا لم تكن الشريعة الطائفية تقرر هذا الحق ، أو حصل تجاوزاً في حالة الفرائع التي تقرره ، فإن الفعل يعد إيذاء يخضع للقواعد التي تتكلم عنها ، متى توافرت شروطه .

(٣) وقد بين في الإثبات ما يتم بين الزوجين من قبل ، مثل عمل مذكورة أو تقديم شكوى لدى الجهات المختصة ، أو صدور أحكام جنائية على المعتدى ... إلى غير ذلك .

وهذا هو ما يفهم من نصوص المجموعات الحديثة للأقباط ، إذ يمكن القول إنها تحمل هذا المعنى وإن لم تنص عليه صراحة . ذلك أنها لم تفرق بين وسيلة وأخرى من وسائل الاعتداء ، إذ تنص على أنه « إذ اعتاد إيذاء جسيما يعرض صحته للخطر ... » . هذا النص لا يقصر الإيذاء على نوع دون آخر ، بل إنه مطلق ينصرف إلى كل إيذاء — أيا كانت وسيلته — متى توافر فيه الوصف المطلوب ، وهو كونه جسيما ، وطالما كان يقع على سبيل الاعتداء ، وكان من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة المنصوص عليها ، وهي تعريض صحة المعتدى عليه للخطر . وبالإضافة إلى ذلك فإنه ينبغي أن يراعى أن من صنف الإيذاء المنوي ما يؤدي إلى الإضرار بالمعتدى عليه أكثر من أى نوع آخر من أنواع الإيذاء ، وخاصة لدى بعض الأشخاص ، في أوساط معينة .

ومن جهة أخرى فإن كتب الفقه لدى الأقباط الأرثوذكس لا تفرق بين وسيلة وأخرى^(١) . كما أنها تتكلم جميعها عن وسائل متعددة للإيذاء والإضرار بالزوج

(١) فن البارات التي أوردتها ابن السال وغيره من فقهاء الطائفة ، والتي تتكلم من « مضاجرة أحدهما للآخر مضاجرة يظهر استمرار الظلم الفاحش فيها » ، يبين أنها لا تفرق بين وسيلة وأخرى من أنواع المضاجرة . وبين ابن السال أن هذا الأمر محل خلاف (المرجع السابق ص ٢١٤) . والذي يهتأ في هذا الصدد هو عدم التفرقة بين وسائل مضاجرة أحد الزوجين للآخر . وهذا هو نفس ما أوردته ابن كبر في مؤلفه مصباح الظلمة وإيضاح الخدمة (الباب العشرين) إذ أورد « أن مما يفسخ الزيجة أن يمل أحد الزوجين على فساد حياة الآخر . أما في مضاجرة أحدهما الآخر مضاجرة ظاهرة فاحشة ، ففيه خلاف » (أشار إلى هذا النص محمد نمر وأبي يعقوب ، السابق ص ٢٥٨) . ولا تحرق الخلاصة القانونية كذلك بين وسيلة وأخرى ، إذ تتكلم من التحيل على « إضرار حياة الآخر بأى وسيلة كانت ... » . (المسألة ٢٥ الباب السادس) .

الآخر، وهي وسائل لا يمكن إلا أن تكون معنوية ^(١). هذه الوسائل التي تذكرها كتب الفقه ليست إلا وسائل معنوية للاعتداء على الزوج الآخر والإضرار به، وإذا كان يباح للمعتدى عليه طلب التخليق في هذه الحالة فذلك لما يحصل له من إيذاء ^(٢). ولا يختلف الحكم لدى الطوائف الأثرثوكسية الأخرى - في جوهره - عما جاء بالنسبة للأقباط ^(٣).

(١) فإن تلقق (ملحق ابن المال ص ٢٤) يحمل من بين أسباب الفسخ « أن يدبر الرجل على فساد عفة زوجته ». ويورد ابن المال كذلك بين أسباب فسخ الزواج حالة التدبير على عفة المرأة أو إتباعها - على غير أساس - بالنفجور. ويحمل ذلك مساويا في الحكم لحالة التدبير على حياتها. فقد أورد في ذلك أنه من الأسباب التي يمكن المرأة منها بحجة ظاهرة أن تبرز عن الرجل، حالة ما إذا « دبر (الرجل) على عفتها وأسلمها لمن يفجر بها، أو إن أشهد عليه أنه يثبت عليها النفجور فلم يمكنه أن يقيم البرهان على ذلك... » (ابن المال، السابق ص ٢١٩). وتورد الخلاصة القانونية أيضاً حالة ما « إذا تحمّل الرجل على إفساد عفة زوجته بأي سبب كان. كأن يرضيها للفساد لأى امرئ كان بأي وسيلة كانت ». كما تدخل في الاعتبار كذلك حالة ما إذا « تحمّل (الرجل) على فساد عقيدتها النصرانية أو عرضها لخطر ذلك. فذلك موجب لفسخ الزواج بينها وتخليصها منه » (المسألة ٢٥ من الخلاصة).

(٢) ويبدو من المبارات السابقة أنه لا يلزم أن يقع ذلك على سنيل الاعتداء، فيكفى أن يدبر الرجل على عفة زوجته ويسلمها لمن يفجر بها ولو مرة واحدة، كما يكفي كذلك أن يتبعها بالنفجور على غير أساس، ولو مرة واحدة، وبذلك يكون للزوجة أن تطلب التخليق. وهذا خلافاً للنسب الوارد في محوالت الأقباط الحديثة، والمجموعات الخاصة بالطوائف الأخرى التي تستلزم تكرار الاعتداء والاعتداء عليه.

(٣) فالقادة ٩٢ من مجموعة القسريان تنص على أنه « إذا تحمّل أحد الزوجين على الإضرار بحياة الآخر بأية وسيلة كانت... » كما تنص المادة ٩٠ على أنه « إذا تحمّل الرجل على إفساد عفة زوجته بأي سبب كان، كأن يرضيها للفساد، لأى امرئ كان، وبأية وسيلة كانت، أو تحمّل على إفساد عقيدتها النصرانية، أو عرضها لخطر ذلك. فهذا موجب لفسخ الزواج بينها، وتخليص المرأة منه... ». وهذان النصان مطابقان لما جاءت به الخلاصة القانونية لدى الأقباط. أما الألوهم فقد نصت المادة ٥٠ على أن « يحكم بالطلاق بناء على طلب الزوجة إذا فسدت أخلاق الزوج وخصوصاً إذا دفع زوجته إلى الرذيلة بقصد المتاجرة بها. ولا تلتزم طلب الطلاق من الزوج في هذه الحالة ». كما نصت المادة ٥١ على أنه « ويحكم أيضاً بالطلاق =

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء إلى تأييد الأخذ بفكرة الاعتداء الأدبي .
وبين مما ورد في هذا الصدد أن من الممكن الاستناد إليه كسب للتطليق متى
توافر الاعتداء . فقد لاحظت بعض الأحكام أنه إذا كان يفهم من المادة ٥٥
من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، حينما نصت على أن اعتياد أحد الزوجين إيذاء الآخر
إيذاء جسيماً يعرض صحته للخطر يميز للمعتدى عليه طلب التطليق ، أن الإيذاء
يجب أن يكون جسيماً ، إلا أن « هناك من صنف الأذى المعنوي ما هو أشق
وأمر على النفس من الأذى الجسائي ، فتكون نتيجته أيضاً التأثير على صحة
الإنسان السليم أكثر مما يؤثر عليها الضرب أو استعمال القوة . ولذا ترى المحكمة
عدم التزام حدود الألفاظ الواردة في عجز هذه المادة ^(١) ، مما تتنافى معه محكمة
النص ، مقررّة أن الإيذاء الجسيم الذي يعرض الصحة للخطر قد يكون إيذاءً
معنوياً » . وإذا كانت المحكمة قد قبلت الفكرة من حيث المبدأ إلا أنها لم
تجب الزوجة إلى طلب التطليق لاثام زوجها لها بالزنا (مع والده) مع أن هذا
الاثام يعد إيذاءً جسيماً لها ، لأن نص المادة ٥٥ يستلزم أن يتكرر مثل هذا
الإيذاء ، وهو ما لم يحدث في الدعوى ، أي ينبغي أن يقع الاعتداء على سبيل

== إذا تكرّر اعتداء أحد الزوجين على شخص الآخر ، أو إذا سلك أحدهما سلوكاً معيماً لا يتفق
مع الاحترام الواجب لفروج الآخر ، ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا .. وبالنسبة للزواج
إذا كانت المادة ٨ تجبل لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لتدنى الآخر على حياته ، فالت
المادة ١٦ تجبل للزوجة أن تطلب الحكم بطلانها : « (١) إذا كان الزوج يجتهد معتدياً في ذلك
على صفاتها ، فيدفعها لتزنى مع آخرين . (٢) إذا اتهم زوجته أطم سلطة رسمية أو محكمة
بارتكاب الزنا ، ولم يتكّن من إثباته » .

(١) ومع ذلك لم تكن المحكمة بحاجة إلى مثل هذا القول لأنه لا يفهم من عبارة
« تعرض صحته للخطر » أن تكون وسائل الاعتداء ملعية حقاً .

التكرار^(١) . والمحكمة في هذا - كما هو واضح - تعمل بنصوص المجموعات الحديثة للإيقاظ ، وإن كان يراعى أن كتب الفقه عندهم لا تستلزم مثل هذا التكرار في هذه الحالة .

على أننا إذا كنا نرى إدخال الإيذاء الذي يتحقق بوسائل أدبية في الاعتبار ، فإننا نعمد أن وسائله لا تقف عند حصر . إذ يمكن أن تتحقق بكل وسيلة تؤدي إلى إلحاق أذى جسمي بالطرف الآخر والإضرار به^(٢) ، على النحو الذي تنص عليه القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة . سواء تم ذلك عن طريق التدبير على عفة الزوجة ، أو التحليل على فساد عقيدتها ، أو اتهامها - على غير أساس - بالفجور^(٣) ،

(١) أنظر حكم محكمة النيا الابتدائية في ١٠/٤/١٩٥٨ أورده خفاسي وراج ، السابق ص ١٠٩ - ١١٠ ومن الأحكام ما يتشكك في كفاية الإيذاء الأدبي لإيقاع الطلاق عند الإيقاظ ، وإن كانت المحكمة تقرر أنها لم تنهين وقائع محددة للإيذاء الأدبي . ومفهوم الحكم أنه لو وجدت وقائع محددة للإيذاء الأدبي ما ترددت المحكمة في الإجابة إلى طلب التطلاق . (ينظر المرجع السابق ص ١١٠ والحكم صادر من استئناف القاهرة في ٢٥ - ٦ - ١٩٥٨ . وقد كانت الزوجة تطلب التطلاق على أساس اتهام زوجها لها - بمسنية - أنها سرقت نقوده . فتردت المحكمة من ظروف الدعوى أنه ليس في تبليغ الزوج أية إهانة) . ومن الأحكام ما لم يعتبر « الب » بألفاظ نائية سبباً للتطلاق ، لأنه لم يبلغ حد الجسامة التي تبرر التطلاق وفقاً لدرجة الإيقاظ (أنظر حكم القاهرة الابتدائية في ١٤ - ١٢ - ١٩٥٧ - المرجع السابق ص ١٠٨ - ١٠٩) .

(٢) وقد ورد في مؤلف : محمد نمر ، وألبي بنظر (السابق ص ٢٦٢) أنه بعد إيذاء « أنعام وسائل تذيب معنوية تؤدي إلى انحراف صحة الجني عليه أو إصابته بمرض من طريق إغصابه وتنقيصه وإيلام نفسه إيلاماً متكرراً » .

(٣) وقد رأينا فيما سبق سواء بالنسبة للإيقاظ أم بالنسبة للطوائف الأخرى أن التحليل على عفة الزوجة أو اتهامها بالفجور بعد إيذاء معنوي (أنظر ماسبق ص ٨٩٦ / ٨٩٧ هامش ص ٨٩٧ . وفي فرنسا حكم بأن الزوج الذي يتهم زوجته بالزنا ولم يستطع تقديم الدليل على اتهامه ، بعد أنه قد ارتكب إساءة في حقها من شأنها أن تحول لها طلب التطلاق (أنظر نقض فرنسي مرات في ٩ يناير ١٩٠٦ في : 136 . 1 . 1906 . D-P . وانظر كذلك : أوبري ورو السابق ص ٧ - ٢٢٢ هامش ١٨ والمراجع الواردة به) .

أو اتهامها - مع سوء القصد - بارتكاب جريمة من الجرائم كالسرقة ... إلى غير ذلك ^(١) . فهذه الأمور وأمثالها تعد من وسائل الاعتداء ، متى كان من شأنها أن تؤدي إلى الإيذاء والإضرار بالزوج الآخر على النحو السابق ، ومتى وقع ذلك على سبيل التكرار ، طبقا لما تستلزمه بعض المجموعات الحديثة كالأقباط والأرمن ، على نحو ما بينا .

وقد أدخلت بعض المحاكم في اعتبارها عوامل متعددة يتكون منها الإيذاء مثل المهر والامتناع عن الاتفاق وإساءة العشرة ومحاولة دفع الزوجة إلى سلوك

(١) وبسبب المجموعات الطائفية تجعل من بين أسباب التطلاق حالة ما إذا أبى أحد الزوجين الاختلاط الزوجي ، أو رفض الاتصال الجنسي لغير مانع شرعي أو إذا قصر في واجبات المودة والتجدة والحماية التي يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر (انظر المواد ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ لوهن أرتودوكس) ، وهي أسباب يمكن عدّها من قبيل الاعتداء ، وسننرض لها فيما بعد كأسباب خاصة بهذه الطائفة .

وقد حكم في فرنسا أنه يد إساءة جسيمة بالغة تمييز طلب التطلاق ، امتناع الزوج بإصرار وعن قصد ، خلال ثلاثة أشهر ، عن الاتصال الزوجي . وخاصة إذا لم يدع الزوج وجود طلق أو مانع جسماني من ناحيته ، أو وجود مقاومة من ناحية الزوجة (نقض عرائض في ٢٠ نوفمبر ١٩٠٠ و ٦ فبراير ١٩٠٨ ، في (D.P. 1901.1.21) و (D.P. 1908.1.240) على التوالي وانظر كذلك : أوبري ورو ، السابق ص ٢٢٤ وهامش رقم ٢٤) .

وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية كذلك المهر المتعدد صورة من صور الإساءة الجسيمة (انظر عرائض في ٣ يناير ١٨٩٣ في D.P. 93. 1. 517 وكذلك الحكم في حالة رفض الزوجة العودة إلى منزل الزوجة ، بد رفض طلبها للانفصال الجسماني (ديجون ٢٣ نوفمبر ١٨٩٢ في (D.P. 93. 2. 273) . ولكن لا يد المهر أو عدم المودة إلى منزل الزوجة من قبيل الإساءة إذا كان هناك ما يبررها من سلوك الزوج واعتدائه (نقض عرائض في ٢٧ يناير ١٩٠٨ ، في 1. 124. 10. 1906. D. - وانظر كذلك : أوبري ورو ، السابق ص ٢٢٣ وهامش ٢٣ . هذا وتنس المادة ٤٦ من مجموعة **الوهن الأرثوذكس** على أنه « يجوز الطلاق إذا رفض أحد الزوجين معايشة الآخر » ، ما لم يكن لهذا الرفض مبرر » .

وتعتقد أنه يمكن إدخال الحالات السابقة ومثيلاتها في الاعتبار متى توافرت فيها الشروط المطلوبة والواجب توافرها في الإيذاء الجسيم على نحو ما بينا في المتن .

حليل غير شريفة . . . ، مما يمكن القول معه ، بأنها تدخل في الاعتبار ما بعد إخلالا بالواجبات الزوجية ، كالاخلال بالالتزام بالمساكنة وحسن المعاشرة والمساعدة^(١).

وأيا كانت وسيلة الإيذاء - مادية أو معنوية - فإنها ثبت بكافة الطرق باعتبارها واقعة مادية . ولقاضي الموضوع سلطة واسعة في هذا الصدد فهو يقدر ما يعد من وسائل الاعتداء ماديا أو معنويا ، وما يدخل من هذه الوسائل في الاعتبار ، كما يقدر جسامة الأفعال المسكونة للاعتداء أيا كانت ، وأثرها على الزوج الآخر مع مراعاة أن هذا الأثر يختلف باختلاف الظروف . وتدخل المحكمة في اعتبارها البيئة والوسط التي يعيش فيها الزوجان ومركز كل منهما من الناحية الاجتماعية ، إذ ما يعتبر إيذاء جسديا في ظروف قد لا يعتبر كذلك في غيرها ، وخاصة من حيث الإيذاء المعنوي ، لأن هذا الأمر نسبي . كما ينبغي أن يدخل في الاعتبار كذلك الظروف التي وقع فيها من حيث قصد الإيذاء . فلو صدر في ظروف عارضة دون أن قصد الإساءة كما في حالة غضب طاريء ، فلا يدخل في الاعتبار . وينبغي كذلك أن يراعى ما وقع من الزوج الآخر - طالب

(١) فقد جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية أنه « حيث إن المادة ٥٣ من أحكام الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (مجموعة ١٩٥٥) . . . تميز قسم عرى الزوجية ، إذا اعتاد أحد الزوجين إيذاء الآخر إيذاء جسديا يعرض صحته للخطر . وحيث إن هجر الزوج لزوجته منذ ١٩٥٤ واستناده عن الاتفاق عليها وإساءة عشرتها ، وجهه الأضرار بمنزله لدفع زوجته في طريق غير شريف بقصد الحصول على المال لإشباع هوايته في شرب الخمر ولعب الميسر ، حسبما وضع من أقوال شهود الزوجة المدعية ، خاصة أن الزوج المدعى عليه لم يترفع اعتراض على صدق تلك الوقائع ، كل ذلك ولاشك إيذاء جسدي يعرض صحته للخطر مما يسوغ معه قسم عرى الزوجين بينهما . . . » (الاسكندرية الكلية في ٤-٢-١٩٥٨ رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٦ (تجريدة منشور) .

التطليق - من اعتداءات يكون لها أثرها في استئثاره زوجه . وقد حكم في فرنسا بأن العبارات الشديدة التي تسيء إساءة جسيمة والتي يوجهها الزوج إلى زوجته ، ليس من شأنها أن تؤدي إلى طلب التطليق ، إذا كان يبدو أنها قد استثيرت بسبب سلوك الزوجة وكيدها لزوجها ؛ ومتى كان لها ما يبررها كذلك من حيث البيئة التي صدرت فيها ^(١) .

١٦٦ - السبب الخامس : تصدع الحياة الزوجية :

تمهيد : تقارب القواعد الخاصة بهذا السبب لدى الطوائف الأرثوذكسية :
تأخذ الطوائف الأرثوذكسية بهذا السبب من أسباب التطليق ، مع خلاف يسير فيما بينها من حيث الشروط المستلزمة لتطبيقه . فعند الأقباط تكلمت عنه كسبب الفقه ، كما تكلمت عنه كذلك مجموعة ١٩٣٨ إذ نصت على أنه : « يجوز أيضاً طلب الطلاق إذ أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً ، مما أدى إلى استحكام النفور بينها وانتهى الأمر بافتراقها عن بعضها ، واستمرت الفرة ثلاث سنين متوالية » . وتكلمت مجموعة السريان على حكم هذه الحالة أيضاً فقررت أنه إذا حدث ما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام المتواصلين المؤذيين من أحد الزوجين للآخر في استيفاء حقوقه الشرعية التي له على قرينه ، فينبغي على الرئيس الديني تدارك الأمر بالنصيحة . فإذا ثبت حرمان الفريق الآخر من حقوقه الزوجية مدة ثلاث سنين متوالية ،

(١) نقض عرائض في ١٤ يناير ١٩٠٨ في D. P. 1908. 1. 127 وبحكمة Colmar في ٢٥ يناير ١٩٢٩ في D. H. 1939. 172 . وانظر كذلك نقض عرائض في ١٦ فبراير ١٩١٤ في D. P. 1917-1.184 . وانظر أيضاً : بلانول وريير وبولانجي ، السابق رقم ١٠٩٦ من ٤٠٣ ، وقارن : أوبري ورو ، السابق من ٢٢٠ وهامش ٩ و ١٠ و ١١ .

وترجح أنه لا وسيلة لامتزاج الزوجين ثانية ، حينئذ يحكم بالتطليق بناء على طلب الزوج المظلوم^(١) .

أما الأزمن فقد نصت المادة ٥٢ من مجموعتهم على أنه « .. لا يجوز الحكم بالطلاق إذ وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلاً » . وأما شريعة الروم فانها إذا كانت تجعل من هذا السبب سبباً مرجحاً للحكم بالتطليق ، إذا ما طلب التطليق استناداً إلى سبب آخر على ما جاء في المادة ١٩ من قواعدهم ، فانه طبقاً لما أدخل من تعديل عن القواعد الخاصة بهم في أول فبراير ١٩٥٠ أضيفت المادة ١٤ (مكرر) بقرار بطريكي رقم ١٧٦

(١) وقد نصت مجموعة السريان على هذه الحالة في المواد ٨٧-٨٩ ، ولا يخرج ما جاء بهذه المواد عما أوردته الخلاصة القانونية في المسألة ٢٥ . فتس المادة ٨٧ على أنه « وما عدا ما ذكر ، إذا حدث ما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والحسام المتواصلين المؤذين من أحد الزوجين للآخر في استيفاء حقوقه الشرعية التي له على قرينه ، فجرد حصول هذا لا يوجب النسخ ، لأنه ربما يكون ناشئاً عن خيبة من الفاعل يقصد إكراه قرينه على الفارقة . وإنما في هذه الحالة يلغى للرئيس تدارك الأمر بتحقيق التمدد والتصدى الواقعين ، ونصح المفترى وتوبيخه وتأديبه على ما تقتضيه الحال ، إلى أن يصطلعاً ويتفقا في العشرة الزوجية » . وتنس المادة ٨٨ على أنه « وإذا كان الخلاف واقعاً من الفريقين معاً ويرى الرئيس أنهما مشتركان في التمدد فليؤدبهما بالتأديب الروحي ، حتى يتوبا وينصلح أمرهما » . وتنس المادة ٨٩ على أنه « أما إذا كان الخلاف صادراً من أحدهما دون الآخر ، ولم يكف الخلاف عن فله لا بالنصح ولا بالتوبيخ ولا بالتأديب الروحي ، وميث للرئيس امتناعه عن قرينه وانحراف هذا القرين عن حقوقه الشرعية الزوجية مدة ثلاث سنين متواصلة ، وتوسط الكنبه ورئيس الكنبه في ذلك التوسط الكافي ، ولم يند المفقري منها ويرجع عن شره ، ورغب المظلوم حله من رباط الزيجة » وترجح بالنظر الدقيق أنه لا وسيلة لامتزاجها ثانية . حينئذ للرئيس الروحي أن يمنع الظالم عن شركة الكنبه حتى يتوب . وإن لم ينب ، يحجب كلوثي والعشار . ويحكم بنسخ الزيجة حيث يباح للمظلوم بالزواج ، أما الظالم فلا يباح له ويتبر مطلقاً » . وقد أضيف إلى هذا النص الأخير أنه يجب استعمال كل الوسائل لا صلاح البين بينهما ، فان لم يحصل نتيجة ، ترفع القضية لقام البطريكي ليدقق فيها ، ثم يحذر الحكم الأخير فيها .

ونص فيها على أنه يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فيما إذا نشب بسبب الآخر تصدع جسيم على أسرة الزواج ، يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق . وليس للمدعى حق الطلاق إذا كان الخطأ منسوباً إلى كلا الزوجين والتصدع في أسرة الزواج إلى طالب الطلاق^(١) .

ومن هذا يبين لنا أن القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية تعرض لهذه الحالة . وهي كما يتضح مما سبق لا تختلف في جوهرها ، وإن استعملت تعبيرات مختلفة متنوعة عن الفكرة ذاتها . فالأقباط يتكلمون عن استحكام النفور والفرقة بين الزوجين ، والسريان يتكلمون عما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام ... والأرمن يتكلمون عن التنافر الشديد بين طبايع الزوجين ، والروم يتكلمون عن التصدع الجسيم على أسرة الزواج ... ولهذا فإننا نتكلم عن هذا السبب وشروطه بصفة عامة ، مع بيان ما تنفرد به القواعد الخاصة ببعض الطوائف من أحكام . ولكن قبل أن نعرض لشروط قيام هذا السبب نشير إلى ما أثير من خلاف حول قبوله من حيث المبدأ لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس .

١٦٧ — الاعتداد بهذا السبب لدى الأقباط الأرثوذكس : أثر الخلاف

حول الاعتداد بهذا السبب أو عدم الاعتداد به على أثر خلو مجموعة ١٩٥٥ من الكلام عنه . ولهذا فإن من رأى تطبيق هذه المجموعة على منازعات الأحوال

(١) وهذا النص مأخوذ عن المادة ١٤٤٢ من القانون المدني اليوناني . انظر في التطبيق على هذا النص : التفتين المدني اليوناني (الأحوال الشخصية : جورج رويوس (G. Rojios))
ترتيب محمد علي عرفة وعزيز خانكي - السابق ص ١٥٢-١٥٩ .

الشخصية الخاصة بالأقباط وقف لدى ماورد فيها من أسباب دون غيرها ، ولم ينظر إلى أى سبب آخر وارد فى مجموعة أخرى أو فى كتب الفقه لدى هذه الطائفة . وقررت بعض أحكام المحاكم فى هذا الصدد أن واضع مجموعة ١٩٥٥ قد أسقطوا من نصوصها النص الخاص بالتطبيق للفرقة والتي كانت تنص عليها مجموعة ١٩٣٨ من قبل . ولو قصدوا إجازة التطبيق لهذا السبب لا بقوا النص القديم الوارد فى مجموعة ١٩٣٨^(١) .

ولكن هذا الاتجاه من جانب بعض أحكام المحاكم لم يجرى معبراً عن الاتجاه الغالب . ذلك أن من يستعرض أحكام القضاء بصفة عامة يجد أن الاتجاه بينها يكاد يستقر ، إن لم يكن قد استقر بالفعل^(٢) ، على إدخال هذا

(١) انظر محكمة النيا الابتدائية فى ١٠-٤-١٩٥٨ رقم ٧ س ١٩٥٨ (خفاجى وراج ، السابق ص ٨٤-٨٥) .

(٢) وهذا ما نتينته من أحكام عديدة واردة فى هذا المعنى . من ذلك ما جاء فى حكم محكمة القاهرة الابتدائية (فى ٩-٣-١٩٥٨ رقم ٤٦٧ س ٩٥٧) من أن « قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار الفرقة سبباً من أسباب التطبيق عند الأقباط الأرثوذكس إذا تكاملت أركانها المتعارف عليها ... » . وما جاء فى حكم المحكمة نفسها (فى ٥-٤-٥٨ رقم ٧٢٠ س ١٩٥٧) من أن قضاها - المؤيد بقضاء محكمة استئناف القاهرة - قد جرى على الاحتداد بالفرقة كسبب من أسباب التطبيق ... وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ١١-٦-١٩٥٨ رقم ٣٩ س ٧٥ ق - والأحكام السابقة أوردتها خفاجى وراج ، السابق ص ٨٣ و ٨٤ و ٨٦ على التوالى .

وانظر لمحاكمة الاسكندرية حكماً بتاريخ ٢٥-٦-١٩٥٩ رقم ٥٢ س ١٩٥٨ كلى (غير منشور) وهو يأخذ بهذا السبب من أسباب التطبيق لدى الأقباط . وكذلك فى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ طلاق (غير منشور) ، وكذلك حكم استئناف الاسكندرية فى ٣٠ أبريل ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ بين أقباط أرثوذكس (غير منشور) . وكذلك المحكمة نفسها فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٩ ، بين أقباط أرثوذكس (غير منشور) . وكذلك فى القضية ١٩ و ٢١ س ١٢ قضائية ، جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ فى المرجع جزء ٢ لصالح حتى رقم ٦١٠ ص ٤٦٥ . وكذلك حكماً فى ١٦ =

السبب في الاعتبار استناداً إلى ما جاء في مجموعة ١٩٣٨ وما جاء في كتب الفقه لدى هذه الطائفة . وهذا الاتجاه هو الذى نرجح الأخذ به . ذلك أنه إلى جانب إجماع الأحكام الحديثة على الاعتداد به رغم عدم وروده في مجموعة سنة ١٩٥٥ ، فإنه لا إلزام في الاستناد إلى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الأخرى التى يرجع إليها لدى هذه الطائفة بالإضافة إلى أن المجالس المالية قد جرت على تطبيق أحكام مجموعة ١٩٣٨ منذ وضعها حتى إلغاء تلك المجالس ، مما يمكن القول معه بأن هذا التطبيق قد كونه عرفاً يسانده ما جاءت به كتب فقه الطائفة والقوانين الكنسية القديمة^(١) . كل هذا فضلاً

== ١٠ - ١٩٦٠ (المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٨٧٧ رقم ٩٤ ص ٢٢٦) . وإذا كان يظهر من هذا الحكم أن المحكمة قد استندت إلى الضرر كسب للتطبيق ، إلا أنها استندت حقيقة إلى استحكام النفور . فقد جاء في حيثيات هذا الحكم أنه ثبت لدى المحكمة أن الخلاف استحكم أواره بين الطرفين . . . بحيث تضررت الحياة الزوجية بين الزوجين ، وقامت الفقرة بينها مدة استطالت . كما تبين من التقرير الذى تقدم به رجل الدين وكيل شرعية الأقباط ، المتدب لفحص أوجه النزاع وإصلاح ذات البين أن الصالح قد أصبح متعذراً للتشاقى الذى دب بينها بعد ٨ أيام منذ قيام الزوجية . وتقول المحكمة « وحيث إنه إزاء ذلك ، ولما ثبت للمحكمة من تعذر قيام الحياة الزوجية لكراهية والعداوة بين الطرفين مدة استطالت أكثر من ثلاث سنوات رغم محاولات الصلح ، فإن في استمرار هذه الحالة على هذا الوضع إضراراً بالزوجين مآضراً محققاً » . هذا ما قضت به المحكمة ، وهى فى الواقع تستند إلى استحكام النفور والفرقة ، وإن كانت المحكمة قد عادت بعد هذا وبينت أن التلطيح إنما هو للضرر الذى يبنى أن يكون سبب التلطيح الاصيل » ، كما قالت المحكمة باعتبار أن كل أسباب التلطيح ما هى « إلا تطبيقات لفكرة جامعا مشترك هي أن الزوجية يبنى أن تفسخ كلما كان فى بقائها ضرر » . والواقع أنه إذا كان الضرر يقوم وراء كثير من أسباب التلطيح إلا أنه لا يعد سبباً مستقلاً للتطبيق ، وإنما لابد للتطبيق من سبب مباشر آخر كاستحكام النفور والفرقة فى مثل الحالة التى نحن بصددها . وانظر كذلك حكماً فى ٣٠ - ١٠ - ١٩٦٠ المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٨٧٧ رقم ٩٥ .

(١) أنظر المسألة ٢٥ (السبب المباشر) من الخلاصة القانونية ، والاشارة فى هذا الصدد إلى القانون ٥٥ من قوانين نيقية .

عن أن التطلاق هنا يكون بسبب استحالة الحياة بين الزوجين ، مما لا يتحقق معه أغراض الزواج .

وما ينبغي أن توجه النظر إليه ، في هذا الصدد ، بل وبصفة عامة بالنسبة لمصادر شريعة الأقباط ، أنه لا يجب أن تنظر إلى مجموعاتهم فنارتنا إلى القوانين المدنية ، لأنها لم تصدر عن سلطة مختصة بسن التشريع ، ولهذا لا ينبغي القول بأن التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق ، مما يؤدي بنا إلى القول بأن مجموعة ١٩٥٥ لم تلغ ما سبقها ^(١) .

على أننا إذا كنا نرى الاعتداد بهذا السبب بالنسبة لطائفة الأقباط ، فإن هذا لا يعنى أفرادها به . بل إن الطوائف الأرثوذكسية الأخرى تدخله في الاعتبار ، كما قدمنا ^(٢) . ولهذا فالتنازع لشرط قيام السبب من أسباب التطلاق .

١٦٨ - شروط التطلاق بسبب تصدع الحياة الزوجية : يلزم للتطلاق بسبب تصدع الحياة الزوجية أن تتوافر شروط معينة تختلف باختلاف الطوائف وسنعرض لها على ضوء ما جاءت به مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، مع بيان أوجه الخلاف بين ما جاءت به هذه المجموعة وما جاء في كتب الفقه لديهم من ناحية ، وبينها وبين ما جاءت به المجموعات الخاصة بالطوائف الأخرى من ناحية أخرى .

(١) ولهذا فالتنازع لا نقر ما ذهب إليه بعض المحاكم من عدم أخذها بهذا السبب من أسباب التطلاق الذي نحن بصدده بحجة أن الوقائع تمت في ظل مجموعة ١٩٥٥ فتسرى عليها هذه المجموعة باعتبارها القانون الذي يحكم الوقائع التي تتم في ظله ، ونبتاً لذلك لا تنقض بالتطبيق لظول هذه المجموعة من نس خاص بالتطبيق للفرقة واستحكام التنوير .

(٢) وبأخذ القانون الألائي الصادر سنة ١٩٤٦ بهذا السبب أيضاً ، مع خلاف يسير (أنظر جميل الشراوى : البحث السابق ص ٢١٢ - ٢١٥) .

وتتلخص هذه الشروط في ضرورة استحكام النفور بين الزوجين وأن تحصل بينهما فرقة ، وألا يكون طالب التطلق هو من ينسب إليه الخطأ .

أولاً : استحكام النفور : لا بد للتطبيق في هذه الحالة أن يستحكم النفور بين الزوجين . وهذا يعني أنه لا بد من أن يصل الأمر بينهما إلى حالة لا يمكن معها إعادة الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعي ، إذ تصدع أواصرها ، فتصير جحياً ، وتبعا لذلك يستحيل استمرارها ، بحيث لا يمكن أن تتحقق من ورائها أغراض الزواج . وبعبارة أخرى يمكن القول بأنه ينبغي أن تستحكم الكراهية بحيث يبلغ الأمر حداً يتمذر معه الإبقاء على الحياة الزوجية^(١) .

وإذا ما ثبت ذلك لدى المحكمة بطريقة يقينية ، وتوافرت الشروط الأخرى ، ولم تنفخ كل مساعي التوفيق بين الزوجين كان على المحكمة أن تقضى بالتطبيق . وقد يعين على إثبات ذلك ما يبدو من ظروف الدعوى وقائمه^(٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى أحكاماً عديدة أوردها خفاحي ورابع ، السابق ، وخاصة ص ٨٧ وما بعدها . وكذلك محكمة استئناف الاسكندرية في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ في القضية ٦ لسنة ١٩٥٩ السابق الإشارة إليها .

(٢) فقد تستنفد المحكمة ذلك من تبادل المنازعات والدعوى أمام المحاكم (أنظر حكم محكمة الاسكندرية في ٢٧-١١-٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ طلاق (غير منشور) . كما قد تبين ذلك أيضاً من طباع كل من الزوجين ، وعدم قدرته على مسامرة طباع الآخر (استئناف القاهرة في ١٩-١٢-١٩٥٨ رقم ١٣١ س ٧٢ ق- خفاحي ورابع ، ص ٨٨) وقد جاء في حكم محكمة الاسكندرية (في ١٦ أبريل ١٩٥٧ رقم ٩١ س ١٩٥٦ كلى- غير منشور) أنه إذا « ثبت أن الحياة الزوجية قد تصدعت وأصبحت مستحيلة ، وبالتالي لم يعد في الامكان تحقيق الطائبات المقصودة من الزواج ، وخاصة أنه قد سبق الحكم بالطلاق من المجلس الملى وحاول الزوج بعد ذلك إصلاح ما كان والعودة إلى الحياة الزوجية فسامت الحال وطردته الزوجة وأصررت على عدم العودة » وقد استمر هذا الحال مدة كادت تصل الى الخمس سنوات لا يمكن التوفيق بينها فان ما سبق بيانه وما قام من ظروف الدعوى يكفي لإيقاع الطلاق » .

أما إذا لم يصل الأمر إلى هذا الحد ، أى إذا لم تبلغ الخصومة والنفور بين الزوجين حداً لا أمل بعده فى عودة الحياة الزوجية - وهذه مسألة يقدرها القضاء - فإن واقع بينهما لا يعتبر من قبيل التصدع ، ومن ثم فلا يجوز التطلق^(١) .

على أنه إذا كان جوهر هذا الشرط هو أن يستحكم النفور بين الزوجين ، بحيث تصدع الحياة الزوجية ، فإن القواعد الخاصة بالاقباط تقضى بأن يكون ذلك بسبب إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً^(٢) . وهذا يعنى أنه ينبغى أن يثبت خطأ فى جانب أحد الزوجين . ويتمثل الخطأ هنا فى إساءته معاشرة الآخر ، أو بصفة عامة فى الإخلال بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً . وإثبات الخطأ مسألة لازمة سابقة على التحقق من استحكام

= وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية فى حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ (بين أقباط - غير منشور) بالتطبيق حيث ثبت لها أن الزواج « كان زوجاً فاشلاً لم يحالفه التوفيق منذ البداية ... » . وهذا ما يضح كذلك من حكم استئناف الاسكندرية فى ١٦ - ١٠ - ١٩٦٠ (المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٨ و ٧ رقم ٩٤ ص ٢٤٦) السابق الإشارة إليه ص ٩٠٦ بالهامش .

(١) انظر استئناف القاهرة فى ٢٤ - ٤ - ١٩٥٧ رقم ٢٠ س ٧٤ ق - خفاجى وراجع السابق ص ٩٠ .

وقد رفضت المحاكم طلب التطلق عندما تبين لها « أن كلا الزوجين لا يضمر الكراهية للآخر وأن عودة الحياة الزوجية غير متفدر » (القاهرة الابتدائية فى ١ - ١٢ - ١٩٥٦ المرجع السابق ص ٨٧) . كما رفضت التطلق كذلك متى أبدى أحد الزوجين فى كافة مراحل النزاع حرصه على الميثقة المشتركة ، وقرر أنه لا يزال يرحب بالصلح ، وأنه لا يكره الآخر (استئناف القاهرة فى ١٣ - ٣ - ١٩٥٧ رقم ١٤ س ٧٤ ق السابق ص ٨٨ وكذلك أحكاماً أخرى فى ٨٩ - ٩٠ من المرجع نفسه) .

(٢) وبذلك يقرب هذا السبب من السبب السابق الخاص بالاعتداء على الزوج الآخر ، وأن كان يراعى أن ما يمكن نسبته من خطأ الى أحد الزوجين فى هذه الحالة أوسع نطاقاً من السبب السابق (انظر كذلك : أهلب اسماعيل ، رسالته ص ٢١٢) .

النفور ، فهذه الحالة الأخيرة تكون نتيجة لتوافر سوء المعاشرة أو الاخلال بالواجبات الزوجية . وهذا ما ينبغي أن تتحقق منه المحكمة . ولذلك فإن على المدعى أن يثبت الخطأ في جانب الآخر ، فيثبت أنه أساء معاشرته أو أخل بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً ، ويدخل في الاعتبار كل إخلال بواجب من الواجبات التي يفرضها عقد الزواج على النحو السابق بيانه ^(١) .

وقد جاءت الخلاصة القانونية ^(٢) بالمعنى السابق الذي جاءت به مجموعة ١٩٣٨ لدى الاقباط ، قررت أنه « إذا حدث ما يضر بنظام الزواج ، كوقوع الشر والخصام المتواصلين المؤذيين من أحد الزوجين للآخر ظالماً ، كمنامة أحدهما للآخر في استيفاء حقوقه الشرعية التي له قرينه المقررة بالمسألة ١٩ ، فبمجرد حصوله هذا لا يوجب الفسخ ، لانه ربما يكون ناشئاً عن خبث نية من الفاعل بقصد إكراهه على المفارقة . وإنما في هذه الحالة ينبغي للرئيس تدارك

(١) انظر فيما سبق من ٦٨٨ وما بعدها .

وقد يكون الاخلال ناشئاً من عدم اعداد الزوج مسكناً خاصاً لزوجته . وعلى هذا إذا ثبت من استقراء مراحل النزاع ان « الفرقة لم تنشأ بالزوجة الا نتيجة لإخلال الزوج بواجباته الجوهرية نحوها ، وتعدد أساءاته لها بعدم تيسرته مسكناً خاصاً مستقلاً بها ، بعد أن تمفر على الزوجة المدعية الإقامة مع والديه في مسكن واحد ، وإصراره على ذلك رغم استئصال النزاع » . فان الخطأ يكون راجعاً الى الزوج دون الزوجة (حكم الاسكندرية في ٢٧ - ١١ - ١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ - غير منشور) .

وقد جاء في حكم استئناف الاسكندرية في القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٥٩ « سالف الذكر ، أن « المتأخف عليه (الزوج) هو المنسب في الفرقة بفضله وتصرفاته مع المستأنفة ، تلك التصرفات التي لا تتفق وروح الشرعية ، حيث دأب على إنفاق أمواله على مؤاندة الميسر والاحتذاء على زوجته وإسافة ماملتها » ثم انتهى به الأمر إلى اغتصاب مصوغاتها وطردها من منزل الزوجية ، كما أنه رفض الصلح معها رغم وساطة أحد رجال الكنيسة في ذلك ... » وانظر أيضاً حكماً آخر للمحكمة نفسها في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ في القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) المسألة ٢٥ - السبب العاشر .

الأمر بتحقيق التعدي والتصدى الواقعين، ونصح المفترى أو توبيخه أو تأديبه على ما تقتضيه الحال إلى أن يصطلحا ويتقفا في المشرة الزوجية ...». وتورد الخلاصة بعد هذا أنه «إذا كان الخلاف صادرا من أحدهما دون الآخر ولم يكف المخالف عن فعله لا بالنصح ولا بالتوبيخ ولا بالتأديب الروحي، وثبت للرئيس امتناعه عن قرينه وانحرام هذا القرين من حقوقه الشرعية الزوجية، واستمر الفرعان منفصلين عن بعضهما غير مختلطين الاختلاط الزوجي مدة ثلاث سنوات متواصلة ببعضها، وتوسط الكهنة ورئيس الكهنة في ذلك التوسط الكافي، ولم يهتد المفترى منهما ويرجع عن شره، ورغب المظلوم حله من رباط الزيجة، وترجح بالنظر الدقيق أنه لا وسيلة لا متراجعا ثانية، فحينئذ للرئيس الروحي أن يجري ما صرح به القانون». وواضح من هذا أنه يلزم أن تسوء المباشرة وأن يسود الشر والحصام بين الزوجين، أو أن يخل أحدهما بواجباته نحو الآخر، كأن يمنعه من استيفاء حقوقه الشرعية، لكي يعد هذا الإخلال جسيما. ولا يكفي الادعاء بمحصول مثل هذه الأمور، وإنما ينبغي أن يثبت ذلك لدى القضاء، وأن تثبت خطورته على الحياة الزوجية وجعل استمرارها أو الإبقاء عليها مستحيلا، كما ينبغي كذلك أن يثبت لدى القضاء أن تلك الأمور لم تحدث من الفاعل (المدعى) بقصد إكراه الزوج الآخر على المفارقة التي تبرر الطلاق، وهو ما يتضح من رغبة المعتدى عليه في الإبقاء على الحياة الزوجية كما قدمنا. فاذا رغب أحد الزوجين في الإبقاء على الحياة الزوجية لا يجاب الآخر إلى طلب التطلق^(١).

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في هامش ١ ص ٩٠٩ فيما سبق.

وإلى جانب ذلك هناك خطوة هامة تبين على القضاء الثبت منها قبل القضاء بالتطليق . وهي أنه ينبغي أن يثبت لديه أن الحياة الزوجية مستحيلة حقيقة ^(١) ، وأن الأمر لم يصل إلى المحاكم إلا بعد أن استنفذت كل سبل العلاج ومحاولات الإصلاح . وهذا ما صرحت به القوانين الكنسية ^(٢) .

(١) فإذا تبين أن التوفيق بينهما ليس متقدرا لا يقضى بالطلاق . وقد قضى في هذا المعنى أنه تبين أن « المدعى هجر عن إثبات أن زوجته المدعى عليها هي التي تسببت في الخلاف أو أنها أسامت مباشرته أو أغلت بواجباتها نحوه إخلالا جسيما ، بل على العكس فإنه يستفاد من أقوال شاهده الأول أنه هو الذي يجتنب عن الاتفاق على زوجته ، وهذا ما قرره صراحة شاهد النني أيضا ، ثم إن وكيل المدعى طلب مهلة لتوفيق ، مما يبين منه أن التوفيق بينهما ليس متقدرا » ، وأن عوده الحياة الزوجية لم تعد مستحيلة ، وقد أثبتت الزوجة رغبتها في استمرار الحياة الزوجية بينهما . فإذا لم تتوافر أركان الفرقة فإن طلبها تبين رفضه » (المجلة في ١٩٥٨/٣/٢٥ رقم ١٦٣ س ١٩٥٧ كلى غير مسلمين — وفي هذا المعنى المحكمة نفسها في القضية رقم ٣١ س ١٩٥٨ بتاريخ ١٥/٤/١٩٥٨) ، وقد قررت المحكمة في هذا الحكم الأخير إطفاء الدعوى إلى التحقيق — والعكمان غير منشورين) .

وانظر في هذا المعنى كذلك حكما من محكمة الاسكندرية الابتدائية (١٩ فبراير ١٩٥٧ رقم ٣ س ١٩٥٦ كلى — غير منشور) — وقد بين الحكم عدم قيام استعانة العيافة الزوجية « لأن الزوجة قررت استعانة العيافة مع زوجها ، كما أن الزوج نفسه لا يبدو متيقنا من عدم إمكان استمرار العيافة الزوجية ، بدليل أنه أبدى استعداده تارة أمام المجلس الملى ، بقبول الزوجة وإسكانها في منزل مستقل ، وتارة أخرى طلب دخولها في طاعته وتنازل عن طلب الطلاق على النحو السابق بيانه ، الأمر الذي تستبين منه المحكمة أن دعوى الطلاق في غير محلها وتبين لذلك رفضها » .

وقد قضى أيضا بعدم توافر هذا السبب من أسباب التطليق ، إذ تبين للمحكمة أن الخلاف القائم بين الزوجين « لم يبلغ من الجسامه والخطر الحد الذي لا يمكن مسالجه ، وإنما هو ناشئ من اختلاف في بنى وجهات النظر مما يستطاع التغلب عليه بتقليل من التسامح وسعة الصدر ... » (استئناف الاسكندرية في ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ في القضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٩ — غير منشور) .

(٢) فقد جاء في القانون ٥٥ من قوانين نيقية أن « من تزوج وجري بينه وبين زوجته شر أو سبب من الأسباب ، وكانت هي الطالبة له فليصير عليها ويرفق بها حتى ترجع أموره إلى أحسن التضايا وأجملها . فإن لم يطق ذلك وزاد أمرها عليه فليتوسط بينهما القسيس =

ولا يخرج الأمر بالنسبة للسريان الأرثوذكس في شأن التطلق استناداً إلى هذا السبب ، عما جاءت به القواعد الخاصة بالأقباط^(١) . أما بالنسبة للروم والأرمن ، فإنه وإن كانت الفكرة الأساسية لا تخرج في جوهرها عن

« الكبير » فإن لم تطه فليتوسط بينهما الأسقف . فإن لم تطه ونأت من زوجها فلينادها . فإن لم تسمع قوله ولم تجب إلى الرجوع فليغض الأسقف نعله على باها ومباح للرجل أن يصل ما أحب ، وإن اشتبه أن يتزوج فليزوج ، وإن اشتبه أن يقيم على حاله - إن كان له صبر - فليقم ، إن كان صالحاً فليترهب » .

« فإن عرف من حاله أنه ظالم لها وباعض فيها وإنما يطلب إقامة الشرور معها ليفارقها فلا يتبل منه ذلك ويجبر على الإقامة معها » فإن هو امتنع عن ذلك وأحب مفارقتها من منزلها فليمنع من القربان ومن دخول الكنيسة » . (ابن الصال ص ٢١٨ - ٢١٩ . وانظر أيضاً ما أوردته الخلاصة القانونية ، مسألة ٢٥ في هذا الصدد) . وواضح من هذا أن « القانون » سالف الذكر يفرق بين الخطأ الواقع من المرأة أو من الرجل ، فإذا كان من جانب المرأة ولم تقلع الوساطة في الصلح بينهما ، كان للرجل أن يفرق عنها . أما إذا كان الخطأ من جانب الرجل فليس له ذلك ولا يمنع من شركة السرائر ومن دخول الكنيسة حتى يتوب . ويعلق ابن الصال على هذا (هامش ص ٢١٩) بأن « هذا غير معمول به في بيتنا وأورد ليصرف لا غير » . وواضح أنه إذا كان « القانون » سالف الذكر يفرق بين خطأ الرجل وخطأ المرأة على النحو السابق ، فإن المجموعات الحديثة لا تفرق ، فالخطأ من أي منهما يبيح للآخر طلب التطلق .

وتجيز الشريعة الإسلامية التطلق لغير متى استحكم الشقاق بين الزوجين وقد نصت المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه : « إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها » يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق « حينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً » إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم ينبت الضرر بث القاضي حكيم ، على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ . ويقوم المحكم أن يتعرف أسباب الشقاق ويحاول أن الإصلاح بين الزوجين ، فإن عجزاً وتبين أن الإساءة من جانب الرجل أو من جانبها مما أو جيل من أي الجانبين ، قرر التفريق بطلاق بائنة يحكم بها القاضي . فإذا كان الخطأ من جانب المرأة لا تنجأ إلى دعوها (انظر أبو زهرة « السابق ص ٢٦٠) .

(١) انظر النصوص الخاصة بالسريان ، فيما سبق ص ٩٠٣ - ٩٠٤ هامش ١

الأحكام السابقة ، إلا أن الأمر يحتاج إلى قليل من التفصيل في شأن كل منها .
فقد تكلمت القواعد الخاصة بالروم عن التصدع الجسيم الذى يطرأ على أسرة
الزواج . وتكلم الأرمن عن التافر بين طباع الزوجين .

تصدع الرابطة الزوجية لدى الروم : نصت المادة ١٤ مكرراً التى أضيفت إلى
القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس سنة ١٩٥٠ على أن لكل من الزوجين طلب
التطليق إذ نشب بسبب الآخر تصدع جسيم *un ébranlement si fort*
على أسرة الزواج ، بحيث يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير
محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق . ومعنى ذلك أنه لى يقضى بالتطليق ينبغى
أن يستحكم النفور بين الزوجين ، وأن تستحيل الحياة الزوجية . وهذا هو جوهر
الفكرة التى يقوم عليها هذا السبب لدى الطوائف الأخرى ^(١) .

وقد طبق القضاء هذا السبب فى أحكام كثيرة ^(٢) . ففى أحد الأحكام
استخلصت المحكمة تصدع الحياة الزوجية من « دأب كل من الزوجين على التشاجر
وعدم التفاهم مع الآخر ، من سب وإهانة من جانب الزوجة لزوجها وأهله ،

(١) وهذه الفكرة مأخوذة من المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى ، كما قدمنا .
وقد جاء فى صدر هذا النص الأخير أن هذا السبب يشبه الاساءة البالغة *injure grave*
القانون الفرنسى . كما جاء كذلك أنه يلزم فى الخطأ الذى يؤدى إلى تصدع الحياة الزوجية أن
يكون « صادراً عن إرادة شاعرة ونية مبيتة » وأن يصدر أثناء قيام الزواج . وتقدير أثر
الخطأ على تصدع الحياة من الأمور التى يترك تقديرها لقاضى الموضوع سراحياً فى ذلك مركز
الزوجين وتناقضها والملاسات المحيطة . (انظر تطبيق رويوس على القانون اليونانى ، المرجع
السابق ص ١٥٣ وما بعدها ، وجيل الشرقاوى ، البحث السابق ص ٢٩٨-٣٠٠) .

(٢) مع مراعاة أنه يمكن الاستشارة فى هذا الصدد كذلك بما قرره المحاكم بالنسبة
لطوائف الأخرى .

ومن طرد واعتداء من جانب الزوج^(١) . أما إذا أسفر التحقيق عن أن كل ما حصل بين الزوجين « يدور حول الإفراق » ، ولم يثبت « أن الحياة الزوجية تصدعت لأسباب جدية تعزى لحظاً الآخر ، فلا يقضى بالتطليق ، وخاصة إذا » كانت الزوجة تشكو من قلة ما ينقله الزوج ، وأن الأخير يعزو ذلك إلى الظروف الطارئة التي اقضت موارد رزقه ، ولم يثبت أن هذا الإعصار يحصل استمرار الحياة الزوجية فوق طاقة الزوجين^(٢) .

التنافر بين الطباع لدى الأرمن : لا يختلف جوهر هذا السبب عما جاءت به الطوائف الأخرى . ويلزم للتطليق أيضاً أن يوجد تنافر بين طباع الزوجين يحصل اشتراكهما في المعيشة مستحيلاً . أى يلزم أن يستحكم النفور بينهما بصورة يستحيل معها التوفيق بينهما لأن الحياة تصبح نكدًا وجحيمًا .

وقد طبقت المحاكم عندنا هذا السبب فقررت أن التنافر الشديد بين الطباع « لا يأتي إلا إذا كان راجعاً إلى اختلاف وجهة نظر كل منهما إلى واجباته نحو الآخر ، أو أن يكون ذلك وليد عدم إحساس كل منهما بارتياحه واطمئنانه إلى الآخر . فلا يسكن كل منهما إلى الآخر ولا يتعاون كل منهما مع شريكه في

(١) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية في ٦ يونيو ١٩٥٦ رقم ٥٤ س ١٩٥٦ كلوى - (غير منشور) . وانظر كذلك الأحكام الصادرة من محكمة استئناف القاهرة في ١٩/١١/٥٥ وكذلك في ٥٦/٥/٢ وفي ٦-١٩٥٦ في مؤلف خفاجي وراجح السابق ص

(٢) استئناف القاهرة في ٢٥-٤-١٩٥٦ ، خفاجي وراجح ، السابق ص ١٢٩ .

أداء رسالته المقدسة »^(١) . وفي حكم آخر قضى بالتطليق لما تبين أن الزوجة كانت متبرمة من أزواجها قبل انعقاده^(٢) ، فلما تم الزواج ازدادت شقه الخلاف وتعذر قيام التفاهم بين الزوجين بسبب اختلاف طبائع كل منهما عن الآخر ، مما أدى إلى تنافرها تماماً . وساعد على قيام تلك الحالة فارق السن بينهما^(٣) .

ويتبين من أحكام المحاكم في هذا الصدد أن التنافر في الطباع واستحكام النفور بين الزوجين لا يصح أن يستتج من رفع أحد الزوجين دعوى إلى القضاء إذا كان ذلك بقصد إجبار الزوج مثلاً على الحكم بالنفقة المحكوم بها عليه ، مع قدرته على القيام به ، وخاصة إذا تبين أن الخصومة بين الزوجين لم تبلغ حداً لا أمل بعده في الحياة الزوجية ، إذ تبين أن الزوجة أبدت رغبتها في الصلح واستئناف الحياة الزوجية^(٤) .

(١) جاءت البشارة في حكم القاهرة الابتدائية في ٢ فبراير ١٩٥٧ رقم ١٦١٣ س ٥٦ المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٢) وقد ثبت ذلك من خطاباتهما التي كانت تبث بها إلى أخيها حال وجودها خارج القطر ، كما جاء في الحكم .

(٣) فقد كان الزوج يكبر زوجته بما يقرب من الثلاثين عاماً (انظر استئناف القاهرة في ٢٩-٣-١٩٥٨ رقم ٨ س ٧٥ ق) (المرجع السابق ص ١٤٣-١٤٥) .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية (٥ ملوس ١٩٥٧ رقم ٧٩ س ١٩٥٦ - غير منشور) قررت المحكمة أنه من « ثبت باقرار الطرفين قيام سوء النظم المستمر بين الطرفين وتصدع الحياة الزوجية واستعانتها نتيجة لذلك » ترى المحكمة الحكم بالتطليق » وانظر أيضاً حكماً للمحكمة نفسها في ١٧-١٢-٢٩٥٧ رقم ٣٧ س ١٩٥٧ كلى - غير منشور) .

(٤) انظر استئناف القاهرة في ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق - خلفي وراجع ، السابق ص ١٤٣ . وانظر أيضاً القاهرة الابتدائية في ٢ فبراير ١٩٥٧ المشار إليه سابقاً .

كما لا يكفي ، القول بقيام التنافر بين الطباع واستحكام النفور ، مجرد سوء التفاهم بين الزوجين ، والذي يرجع إلى تصرفات والدلة الزوج . وبعبارة أخرى لا يكفي القول بقيام التنافر بين أحد الزوجين وأقارب الآخر ، كما إذا قام بين الزوجة ووالدة الزوج ، وخاصة إذا تبين أن الزوجة تمنى أن تعود الحياة الزوجية :لهادثة (١) .

ثانياً :الفرقة . تستلزم القواعد الخاصة بالأقباط والسريان إلى جانب استحكام النفور ، أن ينتهى الأمر بافتراق الزوجين عن بعضها مدة تستمر ثلاث سنوات متصلة (٢) . فإذا لم تحصل فرقة - حتى ولو كان النزاع مستحكماً وحدث من الشر والحصام ... ما يضر بنظام الزواج - لا يجوز التطلاق ؛ إذ فى بقائهما معا - رغم كل المنازعات - ما يكشف عن أن الحياة الزوجية ليست مستحيلة . ويجب أن تكون الفرقة متصلة ، لأنها إذا كانت متقطعة ، يفترق الزوجان فترة ويعودان فترة أخرى ، كان فى هذا ما يكشف عن أن الحياة المشتركة ليست مستحيلة على إطلاقها . فيجب إذن أن تكون هناك فرقة متصلة وفضلا عن هذا فانه يجب أن تكون الفرقة إرادية ؛ فإذا كانت جبرا عن أى من الزوجين ما تحقق هذا الشرط (٣) .

(١) انظر المحكدين المشار إليهما فى المائش السابق .

(٢) ولم يرد هذا الشرط بالنسبة للروم والأرمن ؛ وهذا من أنه يمكن أن يثبت استحكام النفور ، أو التصديق الجسيم فى آصرة الزواج والتنافر بين الطباع ، بنظر النظر عن مرور مدة معينة يفترق فيها الزوجان .

(٣) وعلى ذلك إذا تبين أن الزوج لم يهجر زوجته ثلاث سنوات متواصلة نظراً « لأن غيابها عنها كان جبراً عنه لتجنيد في الجيش » فإن هذا السبب من أسباب التطلاق لا يتوافر (انظر حكم استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٩ - غير منشور) .

لكن ماذا يقصد بالفرقة في هذا الصدد . هل تنصرف إلى المعنى العام المعروف وهو الفرقة طعاما وفراشا ومسكنا ، أم يكفي أن يفترق الزوجان فراشا فقط ، كأن يهجر الزوج زوجته في المضجع بصفة مستمرة دأمة خلال ثلاث سنوات ؟ إن عبارة المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاط في هذا الصدد تكلم عن افتراق الزوجين عن بعضها ، ومق كان الأمر كذلك فانه ينبغي أن تنصرف الفرقة إلى المعنى المألوف بأن تكون « طعاما وفراشا ومسكنا » في آن واحد ، فلو كانت الفرقة « فراشا » فقط مع اختلاط الزوجين طعاما ومسكنا ما أمكن طلب التطلاق استنادا إلى هذا السبب ^(١) .

ويؤيد ذلك ما جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة ^(٢) ، فلم تدخل في اعتبارها افتراق الزوجين في الفراش فقط ، متى ثبت اتحادها مسكنا ومائدة ، إذ متى تبين أن الزوجين كانا متحدين « مسكنا ومائدة » ، فان هذا « يدل على أن الكراهية بينهما لم تسكن مستحكمة بحيث يصبح بقاء الزواج معهما مستحيلا متعذرا » .

ولقد أثير الخلاف حول المدة اللازمة للفرقة ، واقتسم الرأي بشأنها . ففي

(١) وهذا ما يفهم من محومية عبارات الخلاصة القانونية في هذا الصدد نطبقا لما جاء في هذا الشأن أنه متى ثبت امتناع أحد الزوجين عن قرينه ، وانحرام هذا الترين من حقوقه الشرعية الزوجية واستمر الفريقان منفصلين غير مختلطين الاختلاط الزوجي مدة ثلاث سنوات متوالية يعضها .. أمكن طلب التطلاق (انظر المسألة ٣٥ - السبب المباشر من الخلاصة - وانظر كذلك المادة ٨٩ من مجموعة الصريان) .

(٢) في ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤١ س ٧٤ ق (خافى ورايح ، السابق ص ٩٢) .

اتجاه أول قيل إنه يلزم أن تستمر الفرقة ثلاث سنوات متصلة . وفي اتجاه ثان قيل إنه لا يلزم مرور هذه المدة .

أما عن الاتجاه الأول فإنه يستند إلى ما جاءت به الخلاصة القانونية ، وما جاء في المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقطاب ، إذ تستلزم النصوص الواردة في هذا الصدد ، صراحة ، أن تستمر الفرقة ثلاث سنوات . وهو مانص عليه كذلك لدى السريان^(١) . وتسير غالبية المحاكم ، في الوقت الحاضر ، على هذا الرأي . فهي تستلزم ألا تقل مدة الفرقة عن ثلاث سنوات ، حتى يتوافر هذا الشرط ويكون لتغير المحطى طلب التخليق^(٢) . وقد رفضت تلك الأحكام كل حالة لا يتوافر فيها شرط استمرار الفرقة ثلاث سنوات متصلة^(٣) .

والاتجاه الثاني ، وهو ما ينادى به البعض^(٤) يستند إلى بعض المصادر

(١) وتنص المادة ٨٩ من مجموعة السريان صراحة على أنه يجب أن تستمر الفرقة « ثلاث سنين متوالية » .

(٢) ومدة الثلاث سنوات يجب أن تكتمل قبل رفع الدعوى (انظر استئناف القاهرة في ١٩٥٧-٥-٢٢ رقم ٤٠ س ٧٤ ق في خفاجي وراج ، ص ٩٣) .

(٣) انظر في هذا الصدد أحكاماً عديدة أوردتها خفاجي وراج ، ص ٨٠ وما بعدها . وانظر أحكاماً أخرى صادرة من محكمة الاسكندرية في ١٦ أبريل ١٩٥٧ رقم ٩١ س . ١٩٥٦ كلبي ، وفي ٢٦-١١-١٩٥٧ رقم ٥٩ س ١٩٥٦ وقسم ٨٦ س ١٩٥٦ ، وفي ٢٧-١١-١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ وكذلك في ٢٥-٦-١٩٥٩ رقم ٥٢ س ١٩٥٨ وكلها أحكام غير منشورة . وكذلك محكمة الجيزة الكلية في ١١-١٢-١٩٥٦ رقم ٢٢٩ س ١٩٥٦ وكذلك في ٢٢-١-١٩٥٧ رقم ٢ س ١٩٥٧ ، وفي ٢٠-٦-١٩٥٧ رقم ٣٠ س ١٩٥٧ . وكذلك في ١٠/٦/١٩٥٨ رقم ٢١ س ١٩٥٨ وكلها أحكام غير منشورة . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية في ١٦-١٠-١٩٦٠ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٤) إهاب اسماعيل ، الرسالة السابقة ص ٢٠٦ وما بعدها .

القديمة لدى الأقباط وإلى أحكام صادرة من المجالس المالية وبعض أحكام حديثة. ذلك أن ما أورده ابن العسال في هذا الصدد لا يشير إلى ضرورة مرور مدة معينة وإنما يكتفى بالكلام عن استحكام النفور بين الزوجين ^(١). فضلا عن ذلك فإن أحكام المجالس المالية في كثير من الحالات لم تكن تستلزم مرور مدة ثلاث سنوات، رغم ورود هذا الشرط في الخلاصة القانونية ^(٢). وهذا إلى أن من الأحكام الحديثة ما قضى بالتطبيق رغم عدم انقضاء مدة الثلاث سنوات ^(٣).

والواقع أنه إذا كان لكلا الرأيين ما يسنده من المصادر الخاصة بالأقباط وخاصة المصادر القبطية، فالتا نرى أنه ينبغي أن يدرس الأمر في كل حالة على حدها. مع مراعاة الحكمة من استلزام مرور ثلاث سنوات على الفقرة، فاستلزام مرور هذه المدة يقصد من ورائه التيقن من أن الأمر ميثوس منه، وأن الحياة بين الزوجين مستحيلة. إذ تعطى الفرصة خلال الثلاث سنوات لإصلاح ذات البين، والتوفيق. لاحتمال أن ينصلح الأمر أو أن يعود الخطيء إلى صوابه.

وإذا كان المقصود من الانتظار ثلاث سنوات هو الوصول إلى الكشف عن حقيقة الموقف باستحالة الحياة الزوجية، فإن من الممكن الحكم بالتطليق متى

(١) انظر القانون ٥٥ من قوانين نيقية الذي أورده ابن العسال ص ٢١٨-٢١٩. وانظر كذلك: إهاب اسماعيل: السابق ص ٢٠٧ في آخرها.

(٢) انظر، إهاب: المرجع السابق ٢٠٩-٢١٠.

(٣) المرجع السابق ص ٢١١.

تحقت هذه المحكمة واتضح من ظروف الدعوى استحالة الحياة الزوجية ، حتى ولو لم تتم تنقض هذه المدة . إذ يكون من العبث الانتظار بعد أن اكنشت حقيقة الأمر واتضح أن الحياة الزوجية لا يمكن أن تحقق أغراضها : « بل إن في هذا الانتظار- كما جاء في حكم استئناف الاسكندرية^(١) - ضررا محققا يلحق بالزوجين وتمريضا لهما للوقوع في الخطيئة » .

وهذا هو ما يتفق مع ما تأخذه القواعد الخاصة بالأرمن والروم الارثوذكس . فلا يلزم لطلب الطلاق مرور مدة معينة متى تبين التنافر بين طليع الزوجين لدى الأرمن^(٢) . كما لا يستلزم الروم كذلك مرور مدة ما في هذا الصدد متى تبين تصدع الحياة الزوجية تصدعا جسيما ، بحيث تستحيل الحياة الزوجية معه^(٣) .

على أنه إذا كانت المجموعات الحديثة منقسمة حول استلزام مرور مدة معينة أو عدم استلزام ذلك ، فانا نأمل أن ينتهى الأمر عند توحيد تلك القواعد أن يوحد الحكم . ونرى أن يترك الأمر دون تحديد مدة في هذا الصدد ، فيحكم بالتطليق متى تبين للقاضي أن الحياة الزوجية مستحيلة بين الزوجين ، بعد أن

(١) وقد أورده صالح حتى ، المرجع ٢٠ رقم ٦١٠ ص ٤٦٥-٤٦٦ في القضية رقم ١٩ و ٢١ س ١٢ قضائية جلة ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ .

(٢) مع مراعاة حكم المادة ٦٠ التي تنقضى باتصال الزوجين لمدة سنة قبل الحكم بتطليقها . وهذه المدة قد حددت لفرد الاختبار ومحاولة التوفيق بين الزوجين (انظر استئناف القاهرة في ٢٩-٣-١٩٥٨ رقم ٨ س ٧٥ س ٢٢ في ١٤٤-١٤٥ من خفايى وراج) .

(٣) والتصديق هنا غير المجر المتصد الذي تنص عليه هذه الشريعة . إذا المادة ٩ من القواعد الخاصة بهم تميز « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عندما يتركه الآخر من قصد - أي مدة ثلاث سنوات » ، وسنشير إلى هذا السبب فيما بعد (انظر بتد رقم ١٧٠ فيا على) .

استنفدت كل محاولات التوفيق ، كما قضى بذلك قوانين الكنيسة نفسها على ما بينا من قبل ^(١) .

ثالثا : ان يطلب التتليق ممن لا ينسب اليه الخطأ يلزم إلى جانب استحكام النفور والفرقة - على النحو السابق - أن يكون طالب التتليق هو من لا ينسب اليه خطأ . فالقاعدة أنه ليس للشخص أن يفيد من خطئه أو إثمه ، وهي قاعدة عادلة ، إذ ليس أبسر من أن يفترق أحد الزوجين عن الآخر ويصطنع أسباب النفور والفرقة ، ثم يبادر إلى طلب التتليق دون أن يعزى إلى الآخر خطأ ما . ولهذا إذا ما تبين أن تصدع الحياة الزوجية يعزى إلى المدعى وثبت الخطأ في جانبه كان من المعين رفض طلبه .

ولما كان هذا الشرط مما تقضى به طبيعة الأمور ، فإن من المتعين الأخذ به لدى جميع الطوائف ، باعتباره يستند إلى مبدأ من المبادئ العامة ، حتى ولو لم ينص عليه .

وقد استلزم القضاء هذا المبدأ دائما ، مقررًا أنه لا يصح للشخص أن يستفيد من خطئه ^(٢) . ولهذا فانه رفض إجابة طالب التتليق إلى طلبه ، متى تبين أن

(١) ويجب أن عرّض أن قولنا بعدم استلزام مدة في هذه الحالة لا يعني تجاهلنا نسر مجموعتي الأقباط لسنة ١٩٣٨ والريان في المادة ٨٩ على شرط المدة . فهو شرط قائم عندم إلى جانب تصدع الحياة الزوجية . وهذا ما يفسر في بينهم وبين الروم والأرمن . فالتصدع سبب للتتليق لدى الطوائف الأرثوذكسية جميعها ، وإن اختلفت شروطه لدى الأقباط - انظر مع ذلك : أحمد سلامة ، السابق ط ٢ خاصة ص ٨٤٤ والهامش .

(٢) انظر الأحكام المديدة الواردة في هذا الصدد في خفاحي ورايح ، خاصة ص ٩٦ وما بعدها . وكذلك الاسكندرية الكلية في ٢٦-١١-١٩٥٢ ورقم ٨٦ سنة ١٩٥٦ . وفي ٦ نوفمبر ١٩٥٨ رقم س ٩٥٨ كلى . وقد جاء بهذا الحكم الأخير : « وحيث إنه لما تقدم =

تصدع الحياة الزوجية كان بسببه ، كما إذا قام الزوج بطرد زوجته من منزل الزوجية . إذ الفقرة في هذه الحالة تكون بسببه هو . وقد تكون فرقة الزوجية لمنزل الزوجية كذلك بسبب يعزى إلى الزوج مثل رفضه إسكانها سكناً مستقلاً بعيداً عن أهله ، أو امتناعه عن الاتفاق عليها وعزوفه عن الإقامة معها في حياة مشتركة رغم تمسكها به . وقد تكون الفقرة بسبب الزوجة كما إذا ما تبرمت بزواجها نظراً لضيق حاله المالية ، وتركت منزل الزوجية للاشتغال بعيداً وعلى غير رغبة زوجها^(١) .

ويقع عبء إثبات خطأ الطرف الآخر ، وأن تصدع الحياة الزوجية كان بسببه على المدعى طالب التطلق ، وهو الجانب البريء . فإذا عجز عن ذلك رفضت دعواه . ولا يثير الأمر أى جدل لو كان أحد الزوجين فقط هو المخطئ . وثبت عليه ذلك . لكن ما الحكم إذا اشتقكا في الخطأ ، بمعنى أن يكون تصدع الحياة الزوجية واستحالتها راجعا إلى كل من الزوجين ؟

= فإن استقالة الفرقة بين الزوجين لأكثر من ثلاث سنوات لم تكن من عمل الزوج المدعى عليه وفعله ، بل كانت بإرادة المدعية وبمعلها وبسببها وبمخطئها . ومن ثم ، فلا يصلح هذا السبب أساساً وسنداً لتطبيق المطالب به في هذه الدعوى... » . وانظر كذلك من محكمة الاسكندرية حكماً في ٢٧-١١-١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ وحكماً في ٢٥-٦-١٩٥٩ رقم ٥٢ س ١٩٥٨ كلى ، حيث أكدت المحكمة أن الخطأ لم يكن من جانب المدعى طلب التطلق ، وإنما من جانب المدعى عليه ، مما جعلها تستجيب لطلب التطلق ، نظراً لتوافر الشرط الذى نحن بصدده مع الأسباب الأخرى . وانظر كذلك محكمة الجيزة الكلية في ٢٠-٦-١٩٥٧ رقم ٣٠ س ١٩٥٧ وفى ٢٥-٣-١٩٥٨ رقم ١٦٣ س ٥٧ وفى ١٠-٦-١٩٥٨ رقم ٣١ س ١٩٥٨ . وكل الأحكام السابقة غير منشورة . واستئناف القاهرة في ٢١-٥-٥٨ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٤٥ . واستئناف الاسكندرية في ٣٠-١١-١٩٦٠ المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٧ و ٨ رقم ٩٥ .

(١) انظر هذه الأمثلة وغيرها في أحكام المحاكم المشار إليها بالهامش السابق .

يتضح مما أوردته الخلاصة القانونية ومجموعة السريان في هذا الصدد أنه يفرق بين حالتين : حالة ما إذا كان الخلاف بين الزوجين صادراً من أحدهما فقط . وهنا يجوز التطلق إذا ما طلبه المظالم^(١) . وحالة ما إذا كانا مشتركين في الخطأ ، وفي هذه الحالة لا يجوز التطلق^(٢) . هذا هو ما جاء في هذين المصدرين .

إلا أن المحكم قد راعت في هذا الشأن خطأ كل من الزوجين . فإذا تبين لها « أن كلا من الزوجين قد أخل بواجباته نحو الآخر إخلالاً جسيماً ، مما أدى إلى استحكام النور بينهما وانتهى الأمر باقتراحهما عن بعضهما ، واستمرت الفقرة ، ولم ينفع في خلالها مساعي التوفيق حتى تصدعت الحياة الزوجية ، وأصبح استمرار العشرة بينهما مستحيلاً ، وذلك بخطئهما المشترك ، مما يتعين معه تطبيق الزوجة إعمالاً لنص المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين »^(٣) .

(١) مع مراعاة التفرقة بين ما إذا كان المتدعي هو الرجل أو المرأة ، طبقاً لما ورد في القانون ٥٥ من قوانين نيقية ، على نحو ما بينا من قبل (انظر ص ٩١٢ هامش ٢) .
(٢) ورد في المسألة ٢٥ من الخلاصة أنه « ... وإذا كان الخلاف واقعاً من الفريقين معاً ، ويرى الرئيس أنها مشتركان في التدعي ، فليؤد بهما الأدب الروحي حتى يتوبا وينصلح أمرهما ، أما إذا كان الخلاف صادراً من أحدهما دون الآخر ، ولم يكف الخالف عن ضله لا بالصح ولا بالتوبخ ولا بالتأديب الروحي ، وبمت فريسي امتناعه عن قرينه وانحرام هذا القرين من حقوقه الشرعية الزوجية... . حينئذ فريسي الروحي أن يجري ما صرح به القانون » . وتورد الخلاصة بعد ذلك القانون ٥٥ من قوانين نيقية . (ويقابل هذا المادتان ٨٨ و ٨٩ من مجموعة السريان ولا يختلف ما جاء بهما عما جاء في الخلاصة . وقد عرضت المادة ٨٨ لحالة وقوع الخلاف من الطرفين معاً ، وهي لا تنفي بالتطبيق كذلك .

(٣) استئناف القاهرة في ٦-٦-١٩٥٧ رقم ١١٨ س ٧٢ ق (خفاجي و رابع ، السابق ص ٨٧) . وانظر حكماً آخر من المحكمة نفسها في ٢٦-١١-١٩٥٨ رقم ١٠٥ س ٧٢ ق ، المرجع نفسه ص ١٠٥ . وقد يفت المحكمة في هذا الحكم الأخير أن مستوية =

وقد قضت المحاكم كذلك بالتطليق للخطأ المشترك لدى طائفة الروم مستندة في ذلك إلى المادة ١٤ سالفه الذكر إذ تبين لها أن كلا من الزوجين قد دأب « على التشاجر وعدم التفاهم مع الآخر من سب وإهانة من جانب الزوجة لزوجها وأهله ، ومن طرد واعتداء من جانب الزوج . ولا شك أن المشاجرات المستمرة والاعتداءات المتبادلة ، وعدم التفاهم والتجانس ، يرجع إلى سلوك كل منهما نحو الآخر ، واشتركا بتصرفاتهما في هويض الحياة الزوجية وجعلها غير محتملة . وقع على عاتق كل منهما ما وصلت إليه العلاقة الزوجية بينهما من تصدع وتغوص . ويؤيد هذا النظر أن كلا منهما طلب في مذكرته - من قبيل الاحتياط - التطليق على مسؤوليتهما معا بسبب الخطأ المشترك . وفي هذا اعتراف منهما بأن خطأ قد وقع من كليهما قبل الآخر » (١) .

وتضع المادة ١٤٤٢ من القانون المدني اليوناني في هذا الصدد حكما هاما في حالة الخطأ المشترك . فتمرر أنه إذا كان الخطأ مشتركا بين الزوجين ، فانه ليس

= الزوجة ليست بأقل من مسئولية الزوج بل هي أشد منها وأخطر، فهي البادئة بإثارة زوجها وهي التي دفعت إلى ما ارتكبه من إثم في حقها وحق ذويها . ومن ثم قررت المحكمة جعل التطليق بخطأ الزوجين معا ، وبتعجيلها مصروفات الدعوى منصفة عن درجتي التقاضي . وفي حكم آخر للمحكمة نفسها كذلك (في ١٩-١٢-٥٦ رقم ٣١ س ٧٣ ق ، المرجع نفسه ص ٨٨) رأيت المحكمة إن إخلال الزوج ببرد الطلاق . ولكن لما كانت الزوجة قد أسهمت بتصيب — وإن كان سيرا لا يبلغ جسامته بمسئولية الزوج — في تصدع الحياة الزوجية ، فقد قررت المحكمة إشراك الزوجة في المصروفات بقدر التلك . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ قضية ١٩ و ٢١ س ١٢ قضائية في المرجع ج ٢ لصالح حتى ، وقد أورد الحكم أنه « إذا كان التطليق لخطأ الزوجين المشترك تحملا المصاريف منصفة » .

(١) الاسكندرية الابتدائية للأحوال في ٦ يونيو ١٩٥٦ رقم ٥٣ س ١٩٥٦ كلى -

غير منشور .

للدعى الحق في التطلق إذا كان تصدع الرابطة الزوجية معزوا إليه هو بصفة أساسية .^(١)

١٦٩ - السبب السادس : الرهبانية :

نعرضنا فيما سبق لفكرة الرهبانية في الشريعة المسيحية ، عندكلامنا عن أهلية الرهبان ، وعندكلامنا عنها باعتبارها مانعا من موانع الزواج^(٢) . ونعرض لها في هذا المجال باعتبارها من أسباب انحلال الرابطة الزوجية . ولما كانت الرهبانية من الأنظمة التي يعترف بها في المسيحية والتي لا تتعارض مع النظام العام في عندنا^(٣) فإنه ينبغي النظر إليها في ظل ما تقتضيه القواعد الطائفية .

(١) « Le droit au divorce n'existe pas en faveur du demandeur lorsque cette faute est imputable aux deux conjoints, mais l'ébranlement du rapport conjugal est du principalement au demandeur »

حكم الشريعة الإسلامية : نصت المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « إذا عجز المحكمان عن الإصلاح ، وكانت الإساءة من الزوج أو جبل الحال، قررا التطلق بطلقة بائنة » إلا أن ما جاء في مذهب مالك - الذي أخذ عنه القانون - يقرر أنه إن كانت الإساءة منها مماً كان الحكم هو التفريق ، على أن تفرم الزوجة بض الصداق . فإن كان لإضرار كل منها لصاحبه متكافئاً تفرم النصف ، وتفرم أكثر إن كان الإضرار منها أكثر ، وأقل إن كان الإضرار منها أقل . كما جاء في هذا الصدد أيضاً أنه إذا كانت الإساءة من جانب الزوج أكثر تكون كإساءته متفرداً ، أي يفرق من غير أن تفرم الزوجة شيئاً . كما ذكر أيضاً أنه إذا كانت الإساءة من جانبها أشد تكون كإساءتها متفردة ، أي تفرم الصداق كله (انظر في هذا : محمد أبو زهرة ، السابق ص ٣٥٩ وما بعدها وخاصة ص ٣٦٣ ، وكذلك محمد يوسف موسى ، السابق ، ص ٢٤٣) .

(٢) انظر فيما سبق فقره ٢٥ ض ٩٢ وما بعدها وكذلك فقرة ١١٥ ص ٣١ وما بعدها .

(٣) انظر حكم النقض السابق الإشارة إليه ص ٩٣ وهامش رقم ٢ .

وباستعراض المصادر الخاصة بالأقباط الأرثوذكس نجد أن كتب الفقه ومجموعة ١٩٣٨ قد تعرضت لهذا السبب من أسباب انحلال الزواج ، وذلك خلافا لمجموعة ١٩٥٥ التي أغفلت الكلام عنه . ولما لم تكن لهذه المجموعة الأخيرة أية قوة إلزامية تفضلها عن المصادر الأخرى ، كما ينال النسبة للأسباب الأخرى التي أغفلتها هذه المجموعة وتكلمت عنها المصادر السابقة عليها ، فإنه يمكن النظر إلى الرهبانية كسبب للتطليق طبقاً لما جاء في مجموعة ١٩٣٨ وما جاءت به كتب الفقه السابقة ^(١) .

ونعرض فيما يلي للقواعد المتعلقة بهذا السبب على ضوء ماورد في المصادر عالمة الذكر .

نصت المادة ٥٨ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط على هذا السبب بقولها « كذلك يجوز الطلاق إذ ترهب الزوجان أو ترهب أحدهما برضاء الآخر » كما نصت المسألة ٢٥ (السبب الرابع) من الخلاصة القانونية على أنه « إذا ترهب الزوجان أو أحدهما برضاءهما ما أفسخ زواجهما » ^(٢) . وقد أورد ابن الصال في هذا

(١) ولا يوجد سبب ظاهر لاغتيال هذا السبب في مجموعة ١٩٥٥ (انظر إهاب اسماعيل رسالته ، ص ١٢١ وهامش ١) . وانظر كذلك جيل الشرفاوى ، الأحكام الخاصة بالوطنين ، السابق ص ٣٧٩ وهامش ٤ .

(٢) وجاء في المسألة ٢٦ من الخلاصة في بيان الأساس الذى يستند إليه انحلال الرابطة الزوجية في هذه الحالة ما يأتى : « وأما الذى يوافق العزيمة من الأسباب الاختيارية وهو طلب الرهبنة برضى الزوجين معاً ، فقد ترتب فسخ الزواج بمقتضاه على مصدر به النص الإلهي . ومن ذلك ما قاله السيد « لأن من الحسيان من ولدوا كذلك من بطون أمهاتهم » ومنهم من خصام الناس » ومنهم من خصوا أنفسهم من أجل ملكوت السموات ، فمن استطاع أن يتحمل طليحتل (ص ١٩ آية ١٢) . وقوله أيضاً « وكل من ترك بيتاً أو أخوة أو أخوات أو أباً أو أمّاً أو امرأة أو بنين أو حقولا لأجل اسمى يأخذ مائة ضعف ويرث الحياة الأبدية » ، =

الصدد كذلك أن الزيجة تنفسخ بثلاثة أمور « أحدها رهبة المتزوجين برضاها مما » . وهو ماض عليه كذلك في قوانين ابن تعلق^(١) . وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن تبين الشروط التي ينبغي توافرها حتى يتم انحلال الزواج بناء على هذا السبب . فيلزم أن يترهب الزوجان أو أحدهما ، وأن يتم ذلك طبقاً للقواعد الدينية التي تتطلب للرهبانية .

(١) ترهب الزوجين أو أحدهما : لكي يقضى بالتطليق يلزم أن يترهب الزوجان أو أحدهما . ولا خلاف حول الصورة الأولى وهي ترهب الزوجين مما . فقد أوردت المصادر السابقة جميعاً أن الزواج ينحل في هذه الحالة . وكذلك

= وقول الرسول « إني أريد أن تكونوا بلام » ، فإن النبر متزوج بهم في ما لم يرب كيف يرضى الرب ، وأما المتزوج فيهم فيما لعالم كيف يرضى امرأته « فهو منتقم (قرنية أولى ص ٧) . فبناء على ذلك إذا رغب الزوجان برضاها الرهبة حقيقة يفسخ زواجها شرعاً أو رغب أحدهما الرهبة برضاها مما » .

(١) انظر في قوانين التعلق ، ص ٢٤ ملحق ابن السال . وانظر فيما أورده ابن السال ص ٢١٣ . كما أورد ضمن « شروط التأهيل » أنه « وإن كان له زوجة ولم ترد رهبانيته فلا يقبل منه . وإن كان في أذية ومشقة من امرأته وأراد النجاة والحرب منها فليقبل ... » (ص ٩٠) . كما أورد ضمن « أهوازم » للرهبانية ترك الزواج . وقد أورد الأسانيد التي يقوم عليها هذا السبب (انظر ص ٩١-٩٢) . ومن هذا يتضح أن ابن السال إذا كان يستلزم « رهبة المتزوجين برضاها مما » فإنه يرى كذلك أنه يصح أن يترهب الزوج برضا زوجته . فإذا لم ترد رهبانيته فلا يقبل منه . بل إن من الممكن أن تقبل منه الرهبانية دون رضاها . كما يقول ابن السال كذلك « إن كان في أذية ومشقة من امرأته وأراد النجاة والحرب ... » ومن هذا يبدو أن ابن السال لا يختلف عما أوردته الخلاصة القانونية ، ولا عما ورد في مجموعة ١٩٣٨ كما ذهب الدكتور أحمد سلامة في مؤلفه السابق ط ٢ رقم ٣٨٠ ص ٨٤١ .

وإلى جانب ما سبق ، فقد جاء أيضاً في مصباح الطلبة وروض الحديقة لابن كبر أن من أسباب فسخ الزيجة رهبة المتزوجين برضاها مما (أشار إليه إهاب اسماعيل في رسالته ص ١٢٥ هامش ٤) .

الحال في الصورة الأخرى التي يترهبن فيها أحد الزوجين . إنما يلزم في هذه الحالة أن يتم برضا الزوج الآخر ^(١) . إذ في هذه الحالة يمكن القول بانتفاء تضرره من ترهبن زوجة . وعلى هذا يمكن القول بأن رضا الزوجين بالترهبن لازم . سواء ترهنا معا أو ترهبن أحدهما فقط . وفي كلتا الحالتين تنحل الرابطة الزوجية ^(٢) .

(٢) يلزم أن يتم الترهبن طبقاً للأوضاع الدينية المطلوبة . ذلك أن القواعد الطائفية . تضع شروطاً خاصة ينبى توافرها للدخول في سلك الرهبانية ^(٣) . ولهذا فانه يتعين أن يتم الترهبن طبقاً للشروط والأوضاع التي تستلزمها الطائفة . ففى توافرت هذه الشروط وقبلت الجهة الدينية الشخص ضمن طائفة الرهبان ،

(١) وهذا ما تبينه صراحة مجموعة ١٩٣٨ والخلاصة . واستلزام الرضا يفهم كذلك من عبارات ابن السال وابن لقلق وابن كبر حيث استلزموا أن تكون الرهبانية برضاها معا ، أو ترهبن أحدهما . ويؤيد هذا ما أورده ابن السال ضمن شروط التأهل في الموضوع المشار إليه بالهامش السابق « إن كان له زوجة ولم ترد رهبانيته فلا يقبل منه » . انظر الهامش السابق .

(٢) ويمكن بالإضافة إلى ما سبق اتباع القواعد التي تقضى بها الحرية الدينية في هذه الحالة ، فينحل الزواج بالترهبن وإن لم يتوافر رضا الآخر - كما إذا كان الزوج في « أذية ومشقة من امرأته وأراد النجاة والمهرب منها » (انظر ص ٩٠ من ابن السال) .

(٣) انظر ما أورده ابن السال في الباب الماشر تحت عنوان « في الرهبان والرهبانات والأرامل والنسكات » ص ٨٨ وما بعدها ، وقد تكلم في هذا الباب عن الشروط اللازمة لتأهيل والافوازم ... وقد نظم الأقباط مسائل الرهبانية بقانون مجي صدق عليه المجمع المقدس الاكيريكي المام في ٢٥-٢-١٩٣٨ كما صدر قانون مجي منظم للأديرة سنة ١٩٣٧ (انظر إهاب الساجيل ، رسالته ص ١٣٢ - وانظر في الشروط الخاصة بالرهبانية ص ١٣٣ من الرسالة نفسها) .

وتوافر شرط رضا الزوج الآخر ^(١) ، وتحقق القضاء من هذا كان عليه أن يقضى بالتطليق .

وعلى هذا فإن المحاكم تتحقق من ترهين الشخص حقيقة ورضا زوجه . ونعتقد أن دور القضاء هنا يقتصر على الحكم بالتطليق متى أفادت الجهة الدينية المختصة التابع لها من يريد الدخول في الرهبانية أن الشخص قد توافرت فيه شروط الترهين فعلا . فالمحاكم تنقيد برأى الجهة المختصة في القول بتوافر شروط الرهبانية أو عدم توافرها . فإذا قررت هذه الجهة توافر الشروط قضى بالحلل الرابطة الزوجية . وإذا قررت عدم توافرها رفض القضاء به ^(٢) .

وينبغي أن يراعى أننا إذا كنا قد تكلمنا عن الرهبانية كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية لدى الأقباط الأرثوذكس ^(٣) ، فإن الرهبانية تعتبر

(١) والواقع أن هذا الشرط يدخل ضمن شروط الترهين بصفة طامة إذ على الجهة الدينية المختصة أن تتحقق من رضا الزوج الآخر بترهين زوجه .

(٢) ومع ذلك فإنه يبدو مما ذهب إليه القضاء في هذا الصدد ، أنه قد تعرض فعلا للضوابط اللازمة لترهين ، ورفض التطليق بسبب عدم انتهاء طالبة الرهبانية إلى المذهب التابع له الدبر الذي دخلت فيه (انظر حكم القاهرة الابتدائية في ١-٣-١٩٥٨ رقم ٨٩٢ س ١٩٥٧ ، وإهاب اسمايل ، رسالته ، ص ١٣٦-١٣٧) .

(٣) وقد تكلمت مجموعة الصوريين الأرثوذكس عن فسخ الزواج بسبب الرهبنة في الفصل السابع من الباب الثاني مادة ٧٩ . ولا يختلف الحكم الوارد عندهم عما جاء بالنسبة للأقباط . ولهذا فإن الشروط التي عرضنا لها بالنسبة للأقباط يسلم بها كذلك لدى السريان . ولا خلاف في الحالة التي يترهين فيها الزوجان معا ، أما إذا ترهين أحدهما فإنه يلزم أن يكون ذلك بموافقة الآخر . وتنس المادة ٧٩ على أنه « إذا أراد الرجل أو المرأة أن يلبس اسكيم الرهبنة ، وأن وافق الآخر ، يلبس ويترهب » ورفيقه يتزوج إن أراد ، رجلا كان أو امرأة ، لأن الراهب يند في حكم الميت » (اكو ٧ = ١٠ و ١١) .

كذلك سببا من أسباب انحلال الزواج غير المكتمل بالدخول لدى الطوائف الكاثوليكية ، كما سنرى .

ثالثا : أسباب أخرى لدى بعض الطوائف الأرثوذكسية

١٧٠ - أولا : الروم الأرثوذكس : إلى جانب الحالات السابق يأتها والتي يمكن فيها التطلق ، هناك حالات أخرى أشارت إليها القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس وهذه الحالات هي .

(١) حالة زوال البكارة : تقضى المادة ١٥/١ من القواعد الخاصة بهذه الطائفة أن للزوج طلب الحكم بطلاقه من زوجته إذا لم يجدها بكرا يوم زواجه . والمفروض في هذه الحالة أن الزواج يكون من بكر لا من ثيب . وعلى الزوج أن يعلن الأمر حالا إلى السلطة الكنسية العليا بجمته ، وأن يقوم بإثباتها .

(٢) حالة طرح الحمل : للزوج كذلك أن يطلب التطلق إذا كانت الزوجة تطرح حملها منه بإرادتها ، (مادة ١٥ / ج)^(١) .

(٣) حالة الهجر التعمد : abandon malveillant - تنص المادة ٩ من قواعد هذه الطائفة على أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عندما يتركه الآخر عن قصد سوى مدة ثلاث سنوات »^(٢) .

(١) انظر كذلك المادة ٤٩ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس .

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٤٤١ من القانون المدني اليوناني ، مع مراعاة أن هذا النص الأخير يميل إلى المدة ستين فقط . وانظر تعليق رولوس على هذا النص ، المرجع السابق ص ١٥١-١٥٣ .

ويأخذ القانون الانجليزي بهذا السبب ، كما يتبره القانون الايطالي سببا لتفريق الجسماني « انظر جيل الشراوى ، البحث السابق ، ص ٢٨٦ و ٣٣٩ » وفي القانون الفرنسي يتبره القضاء نوما من الإساءة البالغة التي تطى للأخر الحق في طلب التطلق ، على نحو مايتنا من خيل ص ٩٠٠ هامش ١ .

والهجر المقصود في هذه الحالة هو الهجر المتعمد *volontaire* ، الذى يتم بإرادة أحد الزوجين دون رضا الآخر ^(١) ، وقصد سيء ، دون أن يكون للزوج الآخر دخل فى حدوثه ، ودون أن يكون له ما يبرره من ناحية هذا الأخير . فإذا كان للهجر ما يبرره ، كما إذا كان ترك منزل الزوجية بسبب مضايقة الزوج الآخر أو خطئه أو إخلاله إخلالا جسيما بواجباته نحو زوجه ، أو غير ذلك من الأسباب كطرد الزوج من المنزل ، أو منعه من الدخول فيه ، فإنه لا يدخل تحت الهجر على المعنى الذى نتكلم عنه ^(٢) . وإنما قد يؤدي مثل هذا السلوك من جانب الزوج الآخر إلى الفارقة واستحكام الفور وتصعد الحياة الزوجية بين الطرفين . وفي هذه الحالة يمكن للزوج البريء أن يطلب التطلاق على هذا الأساس الأخير ، حتى ولو كان هو الذى هجر منزل الزوجية . ولا يحق للزوج الآخر المتسبب فى الهجر أن يطلب التطلاق استنادا إلى هذا السبب ، لأنه لا يصح له أن يستند إلى خطئه .

والهجر المقصود فى هذا الصدد ، والذى يتحقق بترك منزل الزوجية عمداً ودون سبب ، يتحقق بالابتعاد عن منزل الزوجية ، سواء أقام الشخص فى البلد نفسه أو فى أى مكان آخر ^(٣) .

(١) وقد جاء فى تعليق رويوس ، سالف الذكر (ص ١٥٣) أنه يجب « أن يكون القصد منه التهرب من التزامات الزوجية ، وأخصها المعيشة المشتركة » .

(٢) وقد جاء فى تعليق رويوس ، السابق أنه إذا « كان الهجر ناشئا عن الخوف لسبب معقول » أو عن حاجة حقيقية إلى التمرض فى مصحة ، أو عن الاعتقاد الراسخ باغفال الزوج واجباته الزوجية ، أو أى سبب آخر يصلح لتبريره واستبعاد سوء القصد ونية تنويض المعيشة المشتركة ، فلا يند الهجر سببا لطلاق » .

(٣) انظر مع ذلك : محمد أبو زهرة ، ص ٢٥٦ رقم ٢٠ . ويقول رويوس فى التطبيق على =

ويلزم أن يستمر مدة ثلاث سنوات طبقاً لما يقضى به النص السابق^(١) . ويمكن القول في هذا الصدد قياساً على ما عليه العمل في القانون اليوناني أنه لا يلزم أن تنقضي مدة الثلاث سنوات عند رفع الدعوى ؛ بل يكفي أن تكتمل هذه المدة قبل الحكم بالطلاق ، أو كما قول محكمة النقض اليونانية ، يلزم تمامها وقت سماع المرافعة في الدعوى^(٢) .

١٧١ - ثانياً : الأرمن الأرثوذكس : عدت النصوص الخاصة بالطلاق لدى الأرمن الحالات التي يحوز فيها في المادة ٣٦ إلى ٥٢ . وقد ينصت المادة ٣٦ أنه « لا يقضى بالطلاق إلا لأسباب خطيرة » ولا سيما إذا وجد أولاد من

= نص القانون المدني اليوناني المقابل لنص الذي نحن صده إن المهرج يوجد ليس فقط بالنسبة لمن ترك منزل الزوجية ، بل إنه يوجد أيضاً بالنسبة لمن يمنع الآخر من الدخول فيه . أو طرده منه .

والمهرج في هذه الحالة يختلف عن صورة أخرى هي ما تسمى بالمهرج في المضجع ومقاطعة الحديث ، مع بقاء الزوجين تحت سقف واحد . وفي هذه الحالة الأخيرة يسمى المهرج بالمهرج المنوي ، وهو يؤدي إلى الإساءة والإضرار بالزوج الآخر ، مما يمكن القول معه بأنه يعتبر صورة من صور الإساءة والإيذاء المنوي ، التي تمنع الزوج الآخر الحق في طلب التلطيق على نحو ما بينا من قبل (انظر ما سبق رقم ١٦٥ وخاصة ص ٩٠٠) - وقارن مع ذلك حكم استئناف القاهرة السابق بالإشارة إليه (ص ٩١٨ هامش ٢) ، حيث رفض اعتبار المهرج في المضجع فقط سبباً لتطليق على أساس استحكام التنوير والكرامية ، وإن كان هذا لا يثنى إمكان اعتباره إيذاء يقع من الزوج على زوجته ، ويبيح للآخر طلب التلطيق متى توافرت شروطه .

(١) وقد أقر القضاء ذلك . ففي حكم محكمة استئناف الاسكندرية (١٩٥٨/٥/٢٨) المجموعة الرسمية ص ٥٨ عدد ٤٥٣ رقم ٤٦ قروت المحكمة أن « شريعة الروم الأرثوذكس تجيز للزوجة طلب الطلاق من زوجها إذا هجرها ثلاث سنوات ولم ين أمرها مطلقاً » سواء كان ثابتاً عن الوطن أو لم يكن . وانظر كذلك القاهرة الابتدائية في ١١-٨-٥٦ رقم ١٨٩٧ ص ٥٦ ك في صالح حنفى ٢ رقم ٦٢٥ ص ٤٧٨ .

(٢) انظر تطليق وويلوس ، السابق ص ١٥٢ .

الزواج المطلوب فسخه ». وقد أشرنا في صدد كلامنا عن أسباب التعليق إلى الكثير من الأسباب لدى طائفة الأرمن. ولكن هناك حالات أخرى انفردت مجموعتهم بالنص عليها ، وإن كان من الممكن إدخال الكثير منها تحت الأسباب التي تكلمنا عنها بصفة عامة لدى الطوائف الأرثوذكسية ، ونشير إليها بإيجاز فيما يلي :

(١) العمل على البقاء في حالة عقم : نصت المادة ٤٩ من مجموعة الأومن على أنه « يقضى بالطلاق إذا عمل أحد الزوجين على البقاء في حالة عقم ، وعلى الأخص عند اتخاذ وسائل للاجهاض »^(١).

(٢) الأضرار بالمصالح المالية للآخر : نصت المادة ٥١ على أنه يحكم أيضاً بالطلاق ... إذا « أضر أحد الزوجين بالمصالح المالية للزوج الآخر ضرراً يلحق بسوء قصد ».

(٣) حالات تعدد إخلاص بالالتزامات الزوجية : نصت مجموعة هذه الطائفة على بعض حالات يجوز فيها التعليق . وقد سبق لنا الإشارة إليها عند الكلام عن الاعتداء من أحد الزوجين على الآخر^(٢). وقد نصت على هذه الحالات المادة ٤٣ - ٤٦ . وهي تتعلق بحالة ما « إذا أبى أحد الزوجين الاختلاط الزوجي » ، وحالة ما إذا رفض أحد الزوجين الاتصال الجنسي أثناء الزواج لغیر مانع شرعى ، ما لم يكن هذا الرفض ناشئاً عن سلوك الزوج الآخر « ،

(١) وقد رأينا ما جاء في الحالة لدى الروم في الفقرة السابقة .

(٢) انظر فيما سبق الفقرة ١٦٥ جدد الاعتداء المعنوي ، وخاصة ص ٩٠٠ هامش ٤

وحالة ما إذا قصر أحد الزوجين في واجبات المعونة والتجدة والحماية التي يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر ، ، وحالة ما « إذا رفض أحد الزوجين معايشة الآخر ، ما لم يكن لهذا الرفض مبرر » .

هذا وقد سبق لنا الإشارة إلى ما نصت عليه المادة ٢٤٩ من مجموعة هذه الطائفة كذلك من أنه « يقضى بالطلاق إذا استبدل الزوج بالطريق الطبيعي للاتصال الجنسي ، طريقا مخالفا للطبيعة والقانون » ، باعتبار أن هذه الحالة تدخل ضمن حالات الاعتداء المادى من أحد الزوجين على الآخر .

رابعا : انحلال الرابطة الزوجية لدى الكاثوليك

١٧٢ - محمد : لا تحمل الرابطة الزوجية لدى الكاثوليك بأى سبب من من الأسباب خلاف الموت . إلا أنه يفرق في هذا الصدد بين الزواج الصحيح المقرر المكتمل ، وبين الزواج الصحيح المقرر غير المكتمل :

أما عن الزواج الصحيح المقرر المكتمل بين المؤمنين (المسيحيين) ، فإنه غير قابل للانحلال إلا بالموت ، فلا ينحل بالزنا ولا بغيره من الأسباب . وقد نصت المادة ١٠٧ من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية على ذلك بقولها : « الزواج الصحيح المقرر المكتمل (*ratum et cosommatum*) لا يمكن حله بسلطان بشرى ، أيا كان ، ولا لأى سبب كان ما خلا الموت » ^(١) .

(١) ويتناول هذه المادة نص المادة ١١١٨ من القانون الكنسى الغربى . انظر القانون الكنسى بإشراف Raoul Naz الجزء الثانى المرجع السابق ، رقم ٤٤٧ ص ٣٩٤ . وانظر كذلك مقال الأب عادل إيليا في الرسالة الختامية ، الصدد السابق الإشارة إليه ص ٥٠٦ . وانظر في عدم قابلية الرابطة الزوجية للانحلال De Smet السابق ص ٢٤٨ وما بعدها .

٢- الزواج غير المكتمل : إذا كان الزواج صحيحاً مقررًا لكنه غير مكتمل (non consommé) ، أى لم تتم فيه المخالطة الجسدية بين الطرفين ، رغم انعقاده صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه ، فإن من الجائز حل الرابطة بالنسبة له فى حالتين نصت عليهما المادة ١٠٨ من الإرادة الرسولية^(١) بقولها « الزواج غير المكتمل بين المعتمدين أو بين فريق معتمد وفريق غير معتمد ، ينحل بذات الشرع (de plein droit) يعنى بقوة القانون) بالترهب الكبير أو الاحتفالى ، أو بتفسيح dispense يمنحه الخبر الرومانى لسبب عادل juste cause ، عن طلب من الفريقين أو من أحدهما فقط ، ولو بالرغم من الفريق الآخر » : ومن هذا النص تبين أن الحالتين اللتين نص عليهما هما حالة الترهيب الكبير ، وحالة وجود سبب عادل للتفسيح ويمنحه الخبر الأعظم ونعرض بإيجاز لهاتين الحالتين ، كما نعرض لحالة الامتياز البولسى .

١٧٣- (١) ، الحالة الأولى : دخول أحد الزوجين حياة الرهبانية :^(٢) والمقصود فى هذه الحالة الترهيب الكبير أو الاحتفالى (la profession solonnell) من أحد الطرفين ، سواء تم ذلك برضا الطرف الآخر أو دون رضاه . وتتفق هذه الحالة مع التعاليم الكنسية التى تفضل حياة البتولية على الزواج .

وتنحل الرابطة الزوجية هنا بقوة القانون بالترهب الكبير أو الاحتفالى وحده دون النذر البسيط . ومعنى هذا أنه يكون للطرف الآخر أن يتزوج من جديد بمجرد دخول الطرف الثانى فى الرهبانية . ذلك أن الزوجين فى هذه

(١) ويقابلها نص المادة ١١١٩ من القانون البكنسى الفرنسى ، انظر القانون الكنسى بإشراف Naz ، السابق من ٣٩٥-٣٩٧ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع De Smet ، السابق من ٢٦٦ وما بعدها .

الحالة لم يصيرا جسدا واحدا ، وبما لذلك يكون لأحدهما أن ينتقل كلية إلى الله عن طريق الرهبانية ، ويبقى الآخر في الدنيا ، وله أن يعقد زواجا جديداً .

١٧٤- (ب) الحالة الثانية : التمسح لسبب عادل : تنحل الرابطة الزوجية كذلك في حالة الزواج المقرر غير المكتمل بسلطة الحبر الروماني (البابا) ، متى وجدت علة قوية أو سبب عادل للتفسيح . ويكون ذلك بناء على طلب الطرفين أو أحدهما ، ولو دون موافقة الآخر .

وإذا كان حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة من سلطة البابا كما سبق ، فإنه يلزم لمباشرة هذه السلطة : (١) أن يوجد سبب عادل ، فلا يكفي أى سبب لفهم الرابطة ، كما إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا رغب أحدهما التزوج من آخر ، إذ لا يعد هذا سبباً كافياً ، وإنما قديمته سبباً كافياً في هذا الصدد طرؤه عجز جنسى على الزوج في الفترة بعد المقد وقبل الدخول^(١) .

(٢) يجب أن يثبت الكرسي الرسولي من أن الزواج حقيقة غير مكتمل ، أى لم يحصل فيه دخول أو اتصال بين الطرفين . وله أن يستند في ذلك إلى الشهادة من الزوجين والأقارب^(٢) . كما يستند كذلك إلى الفحص الطبي وتقارير المختصين ، وأن يثبت لديه كذلك أن الزوجين لم يحتليا لحظة واحدة بعد المقد ، أى أنهما كانا في استحالة من إقامة علاقة جنسية بينهما^(٣) .

(١) وقد أدخل في الاعتبار كسب كلف في هذا الصدد ، العجز الجنسي حتى ولو كان مؤقتاً متى كان الشفاء منه لا يتم إلا بصعوبة (انظر De Smet هامش ٥ ص ٢٦١) .

(٢) انظر في الاجابات عن طريق الشهادة في هذا الصدد : De Smet ، السابق ص

٢٦٢ وهامش ٣ .

(٣) انظر المرجع المشار إليها بالهامش السابق بالصفحة نفسها هامش ١ .

على أنه ليس من المحتم إجابة الطرفين إلى التفريق في هذه الحالة ، بل إن الأمر معلق على إرادة الكرسي الرسولي ، وقد يرفضه إذا خشي وقوع شكوك ذات شأن تنزل بالمؤمنين^(١).

١٧٥- الامتياز البوليسي : Le privilège paulin : هذا الامتياز يتمتع به من اعتنق الديانة المسيحية . وهو يفترض أن هناك زواجا تم بين غير المؤمنين بالمسيحية الذين لم يتالوا سر العباد ، ثم دخل أحدهما بعد ذلك هذه الديانة . فإذا عرض من آمن بالمسيحية على من بقي غير مؤمن بها أن يقيم معه ولم يقبل ، كان لمن دخل المسيحية وقبل سر العباد أن يعقد زواجا جديدا ، بعد استيفاء سر العباد وتوافر شروط معينة . ومجرد عقد الزواج الجديد صحيحا ينقض العقد الأول ولو كان مكتسلا .

وقد سمي الامتياز البوليسي نسبة إلى الرسول بولس . كما يسمى كذلك بامتياز الايمان ، ونسبة هذا الامتياز إلى الرسول بولس ترجع إلى ما جاء في رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس^(٢) حيث يقول « وأما الباقيون فأقول لهم أنا لا الرب إن كان أخ له امرأة غير مؤمنة وهي ترتضى أن تسكن معها فلا يتركها . والمرأة التي لها رجل غير مؤمن وهو يرتضى أن يسكن معها فلا تتركه . لأن الرجل غير المؤمن مقدس في المرأة ، والمرأة غير المؤمنة مقدسة في الرجل ، وإلا فأولادكم نجسون . وأما الآن فهم مقدسون ، ولكن إن فارق غير المؤمنين

(١) مقال الأب طدل إلييا ، الرسالة الخلمية ، العدد المشار إليه سابقا ص ٥٠٦-٥٠٧ .

(٢) الاصحاح ٧ ، الآيات ١٢ وما بعدها .

فليفارق . ليس الأخ أو الأخت مستعبدا في مثل هذه الأحوال . ولكن الله قد دعانا في السلام ... »

ولسكى تفهم الرابطة الأولى في هذه الحالة يلزم أن يدخل أحد الزوجين في المسيحية وقبل سر العمد ، وأن يعقد زواجا جديدا صحيحا مع شخص مسيحي ، على أن يكون الأول قد هجره ورفض الدخول في المسيحية ورغب عن مساكته بسلام .

ومضى الزواج صحيحا فان الزواج الأول يفهم قوة القانون ، سواء كان الزواج الجديد مكتملا أو غير مكتمل (١) .

خامسا : أسباب عدم قبول دعوى التطلاق

١٧٦ - تعهيد : إذا كان من المفروض أنه عند توافر سبب من أسباب التطلاق السابق ذكرها ، يكون لمن قام السبب لصالحه أن يطلب إلى القضاء الحكم به ، إلا أنه قد يحدث أن يطرأ من الظروف ما يمنع رفع الدعوى ويجعلها غير مقبولة إذا ما رفعت ، أو يوقف سيرها ويستقطها إذا كان قد تم رفعها ولم يهزل فيها بعد (٢) .

(١) انظر في تفصيل هذا الموضوع المواد ١٠٩ وما بعدها من الإرادة الرسولية . وانظر ما يتألف في القانون الكنسي الغربي المواد ١١٢٠ وما بعدها ، القانون الكنسي بأشراف Naz السابق رقم ٤٤٩ وما بعدها ص ٤٩٧ وما بعدها و De Smet السابق ص ٢٧١ وما بعدها .

(٢) وإذا رفع من تقرر لصالحه طلب التطلاق الدعوى رغم توافر أحد هذه الظروف يكون لدعوى عليه أن يدفع بعدم قبولها .

وقد ذكرت القواعد الطائفية بعض الأسباب التي تمنع قبول الدعوى أو توقف سيرها ، منها حالة الصلح والتوفيق بين الزوجين والعفو عن الخطيئة منها ، وحالة وفاة أحدهما . وتنص القواعد الخاصة بطائفة الروم الأرثوذكس على سقوط الحق في طلب التطلق إذا ما وافقت الزوجة على عقد زواج ثان . كما تنص كذلك على سقوط هذا الحق بمضي المدة . ونمرض لهذه الأمور بما يجاز فيما يلي ^(١)

١٧٧ - **الصلح والتوفيق** : قد يحدث أن يتصالح الزوجان ، سواء بعد حدوث الوقائع المدعاة في الطلب أو بعد تقديم الطلب إلى القضاء . وفي هذه الحالة لا قبل دعوى التطلق . فالصلح يسقط حق من توافر سبب التطلق لصالحه ، وينتهى الأمر . إذ هو ينطوي على تنازل هذا الطرف عن التمسك به ، لأنه قد يرغب في الصفح عما بدر من خطأ من الطرف الآخر . وطالما كان الأمر كذلك فإن لمن قام سبب التطلق لصالحه أن يتنازل بإرادته المنفردة عن طلب التطلق ، وله ذلك حتى ولو دون حاجة إلى موافقة الآخر .

والتنازل عن طلب التطلق أو الصفح في هذه الحالة لا يتخذ صورة معينة ، فقد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستنتج من الظروف ، وخاصة من سلوك من تقرر لصالحه من الزوجين . من ذلك مثلا حالة ما إذا علم الزوج بزنائه وزوجته ورضى بمعاشرتها واستمرار الحياة معها رغم ثبوت الزنا عليها . إلا أنه ينبغي الحذر في تقرير تنازل الزوج في مثل هذه الحالة وصفحه عن زوجه بناء على

(١) مع مراعاة تطبيق القواعد العامة في المرافعات وما يكملها من اللائحة الفرعية بالنسبة للإجراءات أيضا إلى جانب هذه الحالات .

سلوكه . فلا يكتفى أن يستمر الزوجان في المساكنة والمعيشة المشتركة ، إذ لا يمد هذا بذاته دليلاً قاطعاً على الصّح عن خطأ الآخر .^(١) وإنما لا بد من صدور أفعال تدل بذاتها على رضاه باستمرار الحياة الزوجية وعودتها إلى حالتها الطبيعية وهذه مسألة ظروف تقدر في كل حالة على حدتها ، ويقدرها القضاء دون رقابة عليه في ذلك من محكمة التقض^(٢) .

والتنازل عن خطأ الزوج الآخر أو الصّح ينبغي أن يتم عن علم وبينه ، أي ينبغي أن يعلم المتنازل أنه يتنازل عن حقه في رفع دعوى التّطليق بمد أن تحقق سببه ، قاصداً من وراء ذلك إلى إسدال ستار النسيان على الخطأ ، والابقاء على أوامر الزوجية .

ويختلف التنازل الذي يتم في هذه الحالة عن الصورة التي تكلمنا عنها في سبب بالنسبة لرضا الزوج السالف بزنا زوجته أو تخريضه لها على ارتكابه ، إذ في هذه الحالة لا يقبل منه أصلاً طلب التّطليق ، لأنه يمد مشتركاً في خطأ الزوجة .

على أن الصّح بين الطرفين والتنازل عن رفع الدعوى لا يمنع من رفع دعوى أخرى إذا ما طرأ سبب جديد بعد الصّح ، أو إذا ما اكتشف بعد الصّح خطأ يصح أن يكون سبباً للتّطليق ، ولم يكن معروفاً لدى من صدر منه الصّح .

(١) وقد قضى في فرنسا بأن المساكنة أو المعيشة المشتركة *cohabitation* - مها كانت درجة الود بين الزوجين فيها - لا تنطوي بالضرورة على الصّح (انظر عرائض فرنسي في ٣٠ يناير ١٩٣٩ في : D.H.1939-197 ، ونقض مدني في ٢ مايو ١٩٥٠ في 1950-460 D.

(٢) ويقرر القضاء الفرنسي في هذا الصدد بأن وصف الأفعال المكونة للصّح يخضع لتقدير المطلق لتقاضى الموضوع . (انظر عرائض ١٦ يناير ١٩١٢ في D. P. 1912 I, 160 ، ونقض مدني ٢٩ نوفمبر ١٩٤٩ في D.1950,21 وفي ٢٨ نوفمبر ١٩٥١ و ٩ يناير ١٩٥٢ في : D.1952-70 et 144 .

ولمن تقرر التطليق لصالحه في هذه الحالة أن يستند إلى الأسباب القديمة التي صدر عنها الصفح في تأييد دعواه الجديدة ^(١).

١٧٨ - موت أحد الزوجين: « تنقضى دعوى الطلاق بوفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم النهائي بالطلاق » ^(٢)

ومن الواضح أن الدعوى في هذه الحالة لا يمكن رفضها إذا لم تكن قد رفعت بعد ، كما أنه لا يمكن متابعة السير فيها من تاريخ وفاة أحد الزوجين .
أى أن الأمر يتعلق هنا باقتضاء الدعوى لا بعدم قبولها ، وذلك على أساس أن الزواج قد انحل بالوفاة فلا محل لدعوى طلب التطليق ، سواء كان من توفي هو الزوج المخطئ أو من قام لصالحه سبب من أسباب التطليق ^(٣).

ويكون اقتضاء الدعوى على النحو السابق طالما أنه لم يصدر حكم نهائي

(١) انظر في هذا : المادة ٥٩ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب وهي تقابل المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٢٨ والمادة ٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي .

وتأخذ الطوائف الأخرى بالفكرة نفسها . من ذلك ما جاء بالنسبة للروم الأرثوذكس في المادة ١٧ والتي تقابل المادة ١٤٤٧ من القانون المدني اليوناني (انظر تعليق رويلرس على القانون المدني اليوناني ، السابق ص ١٦٢-١٦٥) ، وكذلك المادة ٦٣ من مجموعة الأرمين وتنس هذه الأخيرة على أن « تنقضى دعوى الطلاق إذا تصالح الزوجان ، سواء حصل هذا الصلح بعد الوقائع المدمية بها أو بعد تقديم طلب الطلاق . وفي كلتا الحالتين يقضى بعدم قبول دعوى طلاق الطلاق . إغنا يجوز له أن يرفع دعوى جديدة لسبب طراً أو اكتشف بعد الصلح . وله أن يستند إلى الأسباب القديمة في تأييد دعواه الجديدة » .

(٢) المادة ٦٠ و ٦٥ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ للأقطاب والمادة ٦٣ أرمين ، وهي تنس على أن لا تنقضى دعوى الطلاق بوفاة أحد الزوجين قبل أن يصبح بائناً في سجلات الزواج .

(٣) انظر بلانبول وريير وبولانجي ، السابق رقم ١١٢٣ ص ٤١٢ .

بالتطليق. أما إذا مات أحد الزوجين بعد صدور حكم نهائي، فإنه لا يكون الوفاة أثر على ما يترتب هذا الحكم من نتائج يكون من الممكن تنفيذها بعد وفاة الطرف الآخر.

١٧٩ - الموافقة على عقد زواج ثان لدى الروم : نصت المادة ٧ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس على أنه « لا تقبل دعوى الزوج الذي وافق على الزنا أو عقد قرينه زيجة ثانية ». وقد رأينا أن موافقة الزوج على الزنا بعد اشتراكا في الخطأ مما يجعل دعواه غير مقبولة ^(١).

أما بالنسبة لموافقة الزوج على « عقد قرينه زيجة ثانية »، فإن شريعة الروم تجعل من الزواج بامرأة أخرى سببا يبيح للأولى طلب التطليق، على أساس أن يكون ذلك وسيلة لمحاربة الزنا في صورة خاصة باحتماء الزوج وراء عقد زواج ثان لستر زناه، مما يجعل هذا السبب ملحقا بالزنا وبأخذ حكمه. فإذا تم الزواج بعلم الزوجة الأولى ورضائها لا يكون لها طلب التطليق طبقا للنص سالف الذكر، وتكون دعواها غير مقبولة. والواقع أن رضا الزوجة بالزواج الثاني إذا كان يحرم هذه الزوجة من طلب التطليق في هذه الحالة، فإن هذا لا يني قيام الزواج الثاني الذي رضيت به، إذ الزواج الثاني يعتبر باطلا لقيام الزواج الأول؛ وهذا

(١) والمنصوص بموافقة الزوج على الزنا في هذه الحالة هو حصول الزنا برضائه وهو ما يتضح من النص المقابل للمادة في القانون اليوناني وهي المادة ١٤٣٩ من القانون اليوناني وقد جاء فيها :

« est irrecevable l'action de l'époux qui a consenti à l'adultère ou à la bigamie de son conjoint ».

ما نصت عليه المادة ٣/أ من مجموعة الروم نفسها، إذ تجعل قيام زواج سابق من الموانع القطعية للزواج^(١).

١٨٠ - مضمي للعة: نصت المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالروم كذلك على أنه « في الحالات المنصوص عنها في المواد ٧، ٨، ٩، ١٥، ١٦^(٢) تسقط دعوى الطلاق بمرور عام واحد من حين علم الطرف المهان بسبب الطلاق، وإلا فبمرور عشرة أعوام من يوم وجود سبب الطلاق . وللحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر سقوط الدعوى » .

والواقع أن سقوط دعوى التطلق في هذه الحالة يقوم على ناحيتين. ذلك أنه في الحالة الأولى، وهي حالة علم الطرف المهان بسبب الطلاق وسكوته، يمد صفحا عن الخطأ . أما إذا لم يعلم بالسبب واستمر الوضع عشرة أعوام فإن المصلحة العامة تقتضي إسدال الستار على سبب التطلق . ويكون للحكمة أن تقرر سقوط الدعوى ولو من تلقاء نفسها .

(١) والقول بغير ذلك يقترب عليه نتيجة شاذة هي أن الزوج يجمع بين زوجتين، وهذا لا يتفق مع المبادئ المسيحية في شأن وحدة الزوجة . انظر ما قاله ابن المال في هذا العدد، المرجع السابق ص ٢٠٦ وقد أشرنا إليه سابقاً ص ٨٢٥ هامش ١ من هذا الكتاب .

(٢) وهي الحالات المتعلقة بالزنا والتعدد، والاعتداء على الحياة، والمهجر المتعدد، وعدم بكارة الزوجة وسوء سلوكها وطرح الحمل بارادتها، وتمريض عفاف الزوجة للفساد وإتھامها بالزنا على غير أساس .

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على انقضاء الرابطة الزوجية

١٨١ - تمهيد : يترتب على انحلال الرابطة الزوجية انتهاء الزواج بالنسبة للمستقبل فقط ، فلا يمس انقضاؤها ماتم من آثار في الماضي . وفي هذا يختلف انحلال الرابطة الزوجية عن البطلان ، كما قدمنا .^(١) وانقضاء الرابطة على هذا الوجه تترتب عليه آثار هامة ، سواء بالنسبة للرابطة الزوجية نفسها ، أم بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين ، أم بالنسبة للأولاد . ولهذا نعرض لكل من هذه الموضوعات الثلاثة .

أولا . بالنسبة للرابطة الزوجية نفسها

١٨٢ - انحلال الرابطة الزوجية بالنسبة الى المستقبل وآثار هذا الانحلال :
تنحل الرابطة الزوجية بالنسبة إلى المستقبل ، وذلك من تاريخ الحكم النهائي الذي يقرر هذا الانحلال . ويترتب على ذلك نتائج متعددة .
فبانقضاء الرابطة الزوجية تزول الآثار التي تترتب على الزواج ، أي تزول حقوق كل من الزوجين ، ويتحرر من واجباته الزوجية نحو الآخر ، فتزول الالتزامات المشتركة بين الزوجين كالالتزام بحسن المعاشرة وما ينطوي تحته من واجب الماونة والمساعدة ، والالتزام بالمعيشة المشتركة وما يندرج تحته كذلك ؛ فلا يكون لأحدهما أن يجبر الآخر على مساكنته ومخالطته مخالطة جسدية ، كما لا يلزم أحدهما بالاخلاص للآخر . فضلا عن ذلك تزول التزامات الزوج

(١) انظر فيما سبق رقم ١٣١ ص ٦٤٩ من هذا الكتاب .

نحو زوجه ، كالتزامه بأداء النفقة الزوجية ، والتزامات الزوجة نحو زوجها كالتزامها بطاعته . كما تنقضى كذلك صفة الزوج باعتباره رئيس الأسرة ، ويعود للزوجة اسم أسرتها الأصلي السابق على الزواج ، إذا كانت قد حملت اسم زوجها أثناء الزواج . إلى غير ذلك من الآثار التي تترتب على قيام الزواج ^(١) .

وبانحلال الرابطة الزوجية كذلك يكون لسكل من الزوجين أن يتزوج من جديد بشخص آخر ، مع مراعاة فترة العدة بالنسبة للمرأة . بل ويستطيع من وقع بينها الطلاق الرجوع لبعضها ثانية مع القسام بأجراءات الزواج الكنسية من جديد وتوثيقه لدى الموثق المختص ^(٢) .

(١) نصت المادة ٦٣ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب على هذا المعنى بقولها : « يترتب على الطلاق انحلال رابطة الزوجية من تاريخ الحكم النهائي الصادر به . يقول حقوق كل من الزوجين وواجباته قبل الآخر ... » . وهي تقابل المادة ٦٨ من مجموعة ١٩٣٨ . وجاء في المسألة ٢٧ من الخلاصة القانونية أنه : « يترتب على الفسخ أولاً : انحلال الارتباط الزوجي بكل محتلفاته الشخصية » ، وهو ما نصت عليه المادة ٩٧ من مجموعة السريان . ونصت المادة ٦٧ من القواعد الخاصة بالأزواج على أن « حكم الطلاق المستوفى لشروط المادة ٦٢ يفسخ رابطة الزوجية » . ونصت المادة ٦٨ على أنه « يعود إلى المرأة قانوناً وحتماً اسم أسرتها » كما تنص المادة ٢٢ من قواعد الروم على أن « يعود للزوجة المطلقة اسم عائلة أبيها » .

(٢) انظر المادتين ٦٤ و ٦٥ من مجموعة ١٩٥٥ للأقطاب وتقابلان المادتين ٦٩ و ٧٠ من مجموعة ١٩٣٨ مع بعض الفوارق وانظر كذلك المادة ٦٩ لوهي إذ تنقضى بأنه « في حالة المراجعة تتبع الاجراءات الدينية التي تقتضيها قوانين الكنيسة » ، ولا يقبل منها - بعد المراجعة - أي طلب جديد بالطلاق لأي سبب كان ، عدا صدور حكم بالحبس المنصوص عليه في المادة ٤٠ بعد المراجعة » . ولا صعوبة في حالة ما إذا لم تكن الزوجة قد تزوجت بآخر ، ولكن ما يثار في هذا الصدد هو مسألة عودة المرأة إلى زوجها الأول بعد أن تكون قد تزوجت بآخر وطلقت منه . فهل يمكن أن تعود للأول ؟ أثير هذا الموضوع نظراً لما ورد في التوراة (تثنية ٢٤ آيات من ١ إلى ٤) من أنه إذا طلقت المرأة وتزوجت بآخر ثم تولى هذا الأخير فلا تعود للأول ، إلا أنه يراعى أن النصوص الحديثة للأقطاب - متأثرة بالتطور الذي حدث في القوانين الفرنسية - لا تتبد من إمكان عودة الزوجة إلى الزوج الأول ، سواء =

إلا أن قواعد الاقباط الأرثوذكس بعد أن قررت أنه يجوز لكل من الزوجين التزوج من جديد بشخص آخر ، عادت واستدركت قائلة « إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج » ^(١) . ولكننا رأينا من قبل ^(٢) أن هذا الأمر يتناقض مع مبدأ من المبادئ الأساسية ، وهو حرية الزواج ، وتبعا لذلك يتعارض مع النظام العام ، فلا تتوافر بذلك شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، على نحو ما جاء في المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . والواقع أنه إذا كان لمثل هذا الحكم مجاله في التطبيق عندما كانت السلطة الدينية تتولى الفصل في المنازعات بين الطوائف الخاضعة لها ، وكانت تملك تبعا لذلك تطبيقه ، فتحرم بذلك أحد الزوجين أو كليهما من الزواج ، إلا أن المحاكم لا تستطيع إعماله الآن ، بعد أن أكل إليها الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية .

= تزوجت بآخر وانصلت عنه أم لم تتزوج ، وكل ما هنالك أنه ينبغي اتخاذ الاجراءات اللازمة لهذه المودة .

ويرى ابن السال في هذا الصدد أنه لا يكفل لها ثمانية بل تكون صلاة السكاهن لها بالاستغفار ، لأن البركة لا تمنح إلا مرة واحدة . (انظر تفصيلا لهذا الموضوع في إهاب استماعة الرسالة السابقة ص ٢٧٦ وما بعدها . وانظر كذلك المادة ٦٩ من قواعد الأزواج وهي تخالف النصوص الحديثة للأقباط وتتفق مع ما جادت به التوراة من أنه لا يجوز للزوجين المحكوم بطلاقهما أن يتزوجا معاً من جديد إذا كان أحدهما قد عقد بعد الطلاق زواجا انتهى أيضا بالطلاق . وقد سبق أن رأينا أن اليهود يعتبرون هذه الحالة مانعا من الزواج لأن المرأة تتجنب بالزواج الثاني .

(١) المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٥٥ . وقضيف المادة ٦٩ المتأخرة لها في مجموعة ١٩٢٨ إلى ذلك « وفي هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمته أن يتزوج إلا بتصريح من المجلس » . وانظر كذلك المادة ٢٧ ثالثا من الخلاصة القانونية .

(٢) ص ٢٧٦ من هذا الكتاب .

ثانيا . بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين

١٨٣ هـ : متى انقضت الزوجية وأصبح الطلاق نهائيا ، انقضت كذلك الالتزامات المالية التي يرتبها عقد الزواج بين الزوجين ، ويؤول حق كل منهما في الميراث . فلا يرث أحدهما الآخر عند موته لانتفاء الصلة بينهما ^(١) كما يلزم كل منهما بأداء ما يستحقه الآخر من الحقوق المالية الخارجة عن المهر والجهاز وما يليه ^(٢) .

ويقتضى الكلام ، في شأن أثر انقضاء الرابطة الزوجية على العلاقات المالية بين العارفين ، أن نعرض لأحكام النفقة والتعويض اللذين قد يحكم بهما على أحد الطرفين للآخر ، كما يقتضى أيضا أن نعرض لهذا الأثر بالنسبة لحقوق كل من الطرفين على ما قد يسمى من مهر أو بائة (دوطه) ، ولما قد يكون هناك من جهاز وأمتعة خاصة بمنزل الزوجية .

١٨٤ - النفقة والتعويض :

وردت القواعد الخاصة بالنفقة والتعويض ، اللذين قد يحكم بهما بعد الطلاق ، مقتضية غير واضحة . فقد نصت المجموعات الحديثة للاقتضايات الأرثوذكس على أنه «يجوز الحكم بنفقة أو تعويض لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر» ^(٣) .

(١) وهذا على خلاف ما يكون بالنسبة للأولاد ، إذ لا يؤثر انقضاء الرابطة بين والديهم على ما لهم من حقوق قبلها . وعلى خلاف انقضاء الرابطة بالوفاة إذ الوفاة سبب من أسباب الميراث . فإذا توفي أحد الزوجين حال قيام الزوجية ورثة الآخر .

(٢) انظر المسألة ٢٧ خلاصة والمادة ٩٧ ثانيا من السريان .

(٣) المادة ٦٦ و ٧١ من مجموعتي ١٩٥٥ و ١٩٢٨ .

ويتضح من هذا النص أن الحكم بأى منها جوازى للمحكمة. وهذا ما تقره قواعد الخاصة ببعض الطوائف الأخرى بالنسبة للنفقة^(١). وستتكمّل فيما يلى عن النفقة والتعويض لما بينهما من اختلاف فى الأحكام.

النفقة : والنفقة فى هذا الصدد تختلف عن النفقة الزوجية وهى التى تتمرر حال قيام الزوجية ويظل الالتزام بها قائماً طالما بقيت الزوجية قائمة، لا تسقط إلا بالنشور وبإخلال أحدهما بالتزاماته على النحو السابق بيانه . أما النفقة هنا فهى تقرر حتى بعد انقضاء الرابطة الزوجية . ويفرق فى شأنها بين حالتين . فقد يحكم بها إذا كان سبب التطلق من الأسباب القهرية التى لا تدخل للإرادة فيها ، وقد يحكم بها إذا كان سبب التطلق إرادياً .

التطلق لسبب قهرى : تقضى النوازل الخاصة ببعض الطوائف بتقدير نفقة على من طلب التطلق لصالح الطرف الآخر متى كان سببه خارجاً عن إرادة هذا الأخير كالأضرار بصفة عامة . ومن هذه القواعد ما لا يفرق بين سبب وآخر وإنما يتكلم عن الأسباب القهرية بصفة خاصة ، وهذا هو الشأن بالنسبة للأقباط

(١) تنص المادة ٧٥ لفرن على أن « المحكمة أن تقضى للزوج الذى صدر له حكم الطلاق بنفقة بدفها الزوج الآخر » . فالأمر جوازى للمحكمة كذلك لدى الأرمن . ومع هذا فإن المادة ٢٤ من قواعد الروم الأرثوذكس تنص على أنه « على من يحكم عليه من الزوجين بأن المتسبب وحده الطلاق أن يدفع حسب قدرته المالية نفقة للآخر » . إذا كان هذا محتاجاً ، أى أن النفقة تعتبر هنا واجبة عند حاجة الآخر إليها (انظر المادتين ١٤٠٤-١٤٠٥ من القانون المدنى اليونانى) . أما **اللاتيفيليون** فقد تسكلموا عن النفقة عند الكلام عن المفارقة فنصت المادة ١٥ من قواعدهم على أنه « إن كان الزوج سببها (المفارقة) وجبت عليه النفقة لاسرته وأولاده الذين فى رضاعتها أو حضانتها باتفاق الزوجين على تقديرها أو بتقديرها من السلطة المختصة . وإن كانت الزوجة سبب المفارقة فلا تنزله النفقة عليها إذا كان له أولاد فى رضاعتها » . فالنفقة عندهم واجبة على الزوج إذا كان سبب المفارقة من جانبه ، أما إذا كانت هى النتيجة فى الفرقة فلا تنزله النفقة ، حتى ولو كان له أولاد فى رضاعتها .

والسريان . ومنها ما يقصر الحكم بالنفقة على حالة الجنون وحدها كما هو الشأن بالنسبة للروم والأرمن . فقد جاء في الخلاصة القانونية ومجموعة السريان أنه إذا كان التطلق لسبب قهرى وكان من جهة المرأة « فإن كان ذلك حدث بعد الزواج ، فلها كل ما أمرها وكل ما تجهزت به . هذا إذا كان لم يعدم . أما إذا كان ذلك قد عدم فليعتزلها وينفق عليها » . ويتضح من هذا أن الحكم بالنفقة يكون في حالة ما إذا كان ما أمرها وما تجهزت به قد أعدم ، وإلا فلا نفقة لها ^(١) . وعلى خلاف ما سبق فإن النصوص الخاصة بالروم والأرمن واضحة في هذا الصدد ، وهي تجعل النفقة واجبة على طالب التطلق سواء كان هو الزوج أو الزوجة . فتقرر المادة ٢٤ روم أنه « .. إذا كان الحكم مبنيا على إصابة أحد الزوجين بقواه العقلية يكون الآخر ملزما بأن يقدم له نفقة ، كما لو كان قضى بالطلاق بسببه وحده .. » ^(٢) .

وأيا كان الأمر فإن تقدير النفقة في هذه الحالة أساسه البر والعطف على الطرف الآخر ، وهو ما تدعو إليه المسيحية بصفة عامة . ولذلك يمكن القول بإعمال هذا الحكم بالنسبة للطوائف الأخرى ، على أن يراعى في تقدير النفقة ظروف كل من الطرفين ، كما سنرى .

(١) أنظر المسألة ٢٨ من الخلاصة القانونية . وهو نفس ما جاء بالنسبة للسريان (المادة ٩٩) . ويدور أن تقرر النفقة هنا يكون على الزوج فقط زوجته التي كان السبب من جهتها . أما إذا كان من جهة الرجل فلا نفقة عليها متى طلبت التطلق ، مع مراعاة استحقاق المرأة لجأزها ، ولهرها بحسب ما جاءت به المسألة ٢٨ من الخلاصة ، والمادة ٩٨ سريان .

(٢) وهذا النص يقابل المادة ١٤٥٩ من القانون اليوناني . وهو نفس ما جاء في المادة ٧٥ بالنسبة للأرمن إذ تقرر أن « الحكم بالنفقة واجب حتما في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٩ » وهذه الأخيرة تقضى بأنه « يجوز الحكم بالطلاق بعد مضي ثلاث سنوات من إصابة أحد الزوجين بجنون لايشفى » .

التطبيق لأسباب إرادية :- وفي هذه الحالة يحكم بالنفقة على من كان السبب من ناحيته ، وقد نصت القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية على هذه الحالة عدا مجموعات السريان التي لم تعرض لها بصورة صريحة واضحة . وتتفق قواعد الطوائف في هذا الصدد على أن الملتزم بالنفقة هو من تسبب بفعله في الطلاق^(١) ، إذ ينظر إلى سلوكه على أنه سلوك خاطئ ، وتفرض النفقة عليه كجزاء له على خطئه ، مما يحمل لها صفة تمويضية . وفهم مما جاءت به قواعد الروم أنه لكي يحكم بالنفقة في هذه ينبغي أن يكون المحكوم عليه هو المتسبب وحده في الطلاق . وعلى ذلك فإذا كان الطرف الآخر قد ساهم في الخطأ وكانت المسؤولية عن الطلاق مشتركة فلا يحكم عن أى منهما بنفقة للآخر^(٢) .

وإذا كانت النفقة تفرض مبلغا من التقود يدفع كل شهر كما جرى العمل على ذلك فإن المادة ٢٤ من قواعد الروم تقضى مع ذلك بأنه « يجوز قضاء النفقة بدفعة واحدة بناء على طلب من له الحق فيها إذا وجدت لذلك أسباب قوية » (أنظر المادة ١٤٨٧ مدني يوناني) .

ويراعى عند تقدير النفقة هنا ما يقرر بالنسبة للنفقة الزوجية من حيث أساس تقديرها ، وتأقيتها بالظروف التي يصدر فيها الحكم ، إلى غير ذلك مما سبق الكلام عنه في حينه^(٣) .

ولعل أهم ما يثار في هذا الصدد هو المدة التي يحكم بالنفقة خلالها . فهل

(١) أنظر المواد المشار إليها ص ٩٤٨ هامش ٣ و٢ مع مراعاة ماقتضى به القواعد الخاصة بالانجليييين من حيث عدم فرضها على الزوجة لزوجها ، وسقوط نفقتها إذا كان التطبيق بسيما .

(٢) أنظر جيل العرفاوى ، في الأحوال الشخصية للأجانب السابق ص ٢١٤ هامش ١ .

(٣) أنظر كذلك المادة ١٠١٠ و١٠١١ من المائدة ١١٥ وما بعدها سريان .

يستمر الحكم بالنفقة بعد اقضاء الرابطة الزوجية دون قيد زمني ؟ أم أن المحكوم عليه يلتزم بدفعها إلى أجل معين ؟ من المسلم به أولاً أنه إذا ما عقد المتنفع بالنفقة زواجا جديداً سقطت نفقته ^(١) . وهي تسقط كذلك بوفاة المحكوم له بها فلا تورث عنه ^(٢) ، كما تسقط كذلك بوفاة الملتزم بها ^(٣) . وتسقط أخيراً ، كما يتضح من القواعد الخاصة ببعض الطوائف ، باعسار من فرضت عليه وعدم حاجة من فرضت له ^(٤) .

أما فيما عدا ذلك فإذا يكون الحكم ، هل يستمر دفع النفقة دون تحديد مدة ؟ لا نجد من بين القواعد الخاصة بالطوائف ما يجيب على هذا التساؤل بصورة صريحة . وإن كان فهم من النصوص الواردة لدى بعض الطوائف أن الأمر يترك للرئيسي الروحي الأكبر الذي له أن يثبت الفسخ بين الزوجين ، وهو ما يعنى ترك الأمر للقضاء في الوقت الحاضر لأنه هو الذي يقضى بالتطليق

(١) وهذه القاعدة واضحة بذاتها ويمكن تطبيقها على كافة الطوائف . وقد نعت عليها المادة ٢٤ روم والمادة ٢٥ أرمن .

(٢) المادة ١٤٠ و ١٤٥ من مجموعي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ أقطا ولا شك في أنه لا يمكن لورثة المطالبة بالنفقة بعد وفاة مورثهم . لكن هل لهم المطالبة بالتجديد ؟ لا يبيح النص السابق ذلك . وهذا هو حكم الشريعة في دين النفقة ، إذا سقط هذا الدين بموت أحد الزوجين . فلو مات الزوج لا يكون للزوجة أخسذ مالها من دين في ذمته . ولو مات هي فليس لورثتها المطالبة بشيء منه (محمد يوسف موسى . السابق ص ٢٣١) .

(٣) أنظر ذلك المادة ٢٤ روم حيث تنقضي بأنها لا تسقط بموت الملتزم بها . وانظر كذلك المادة ١٤٩١ مدني يوناني ، وهي تنقضي بأنه « ينقضي الحق في النفقة بموت صاحب الحق في اقتضاها أو الملتزم بها » ، وذلك فيما عدا ما يستحق منها من الماضي والمبالغ الشرعية الواجبة الأداء وقت الوفاة (أنظر رويوس السابق ص ١٩٩) .

(٤) المادة ١٣٨ و ١٤٣ من مجموعي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ والمادة ١٠١ أرمن .

بين الزوجين^(١) . كما يفهم مما جاءت به قواعد بعض الطوائف أن من الممكن الحكم بالنفقة جملة واحدة ، مما يعنى إمكان وضع حد زمنى لها ، نظراً لإمكان معرفة جملة ما يقضى به . ولهذا نرى الاستئثار بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ، فتحدد النفقة بالنسبة للزوجة بفترة المدة ، وفى جميع الحالات لا ينبغى أن تتجاوز سنة^(٢) . وتحديد بها فترة المدة يكون بالنسبة لحالة تحريرها على الرجل للمرأة ، إذ أن النفقة ، أياً كانت - زوجية أو نفقة عدة - إنما تفرض فى الشريعة الإسلامية نظير احتباس المرأة أثناء الزواج وبعده حتى تنتهى المدة . ولهذا نرى الأخذ بهذه القواعد ، والاكتفاء بفرض النفقة على الرجل فقط متى كان سبب التطلاق من جانبه . فإذا كان السبب من جانب المرأة فلا نفقة لها . ولا تفرض للزوج نفقة عليها - على الأقل - بالنسبة للأسباب الإرادية^(٣) .

التعويض : إذا كانت النفقة تجب على طالب التطلاق فى حالة الأسباب

(١) فقد نصت المادة ١٠٢ من مجموعة السريان - عقب الكلام من حكم المهر والمجهاز بعد الفسخ « إن إنفاذ الحكم فيما ذكر وما لم يذكر مما يقاس عليه وما يترتب على ذلك من جبة الجهاز والمهر والنفقة منوط بالرئيس الرسمى الأكبر الذى له أن يثبت النسخ بينها » انظر كذلك آخر المسألة ٢٨ من الخلاصة القانونية للأخطاء .

(٢) وتقضى المادة ١٧ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأنه « لا تسع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » وانظر أيضاً المادة ١٨ من القانون نفسه .

(٣) وهذا هو ما يتفق مع ما تقرره المادة ١٥ من قواعد الإنجليز كما قدّمنا . ومع ذلك فالتا رأينا أن القواعد الخاصة ببعض الطوائف تفرض النفقة على الزوجة لزوجها احتياطاً فى حالة إصراره وعدم قدرته على الكسب مع قدرتها على الاتفاق ، وهذا بالنسبة لنفقة حال قيام الزوجية فقط . أما بالنسبة لفرض نفقة عليها بعد التطلاق ، إذا كان السبب إرادياً من جانبها ، فإنه إذا كانت القواعد الطائفية ترى فرض نفقة عليها ، فالتا نرى تطبيق فكرة الحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، كما سيأتى فى المتن .

القهرية كالجنون ، ونجى على التسبب فيه بالنسبة للأسباب الإرادية ، فاهو
الوضع بالنسبة للتعويض في كلتا الحالتين ، هل يمكن أن يحكم به فيها ؟
لا شك أنه بالنسبة للأسباب القهرية يتتق الخطأ على طالب التطلق ولهذا
فلا مجال للحكم بالتعويض ، لأن أساس الحكم بالنفقة ليس هو الخطأ ، وإنما هو
البر والرأفة بالشخص الآخر الذى كان السبب القهرى من جانبه .^(١)

أما بالنسبة للأسباب الإرادية فهى التى يمكن أن يثار بشأنها الكلام عن
التعويض . ذلك أن القواعد الطائفية تقرر الحكم على التسبب فى التطلق بنفقة ،
وهنا يثار التساؤل عما إذا كان من الممكن أن يقضى بالتعويض بدلا من النفقة ،
أم أنه يمكن أن يقضى بالتعويض إلى جانب النفقة .

يبدو أن القواعد الطائفية لا تتف موقفا واحداً فى هذ الصدد . فقد نصت
القواعد الحديثة للأقباط الأرثوذكس على أنه « يجوز الحكم بنفقة أو تعويض

(١) انظر مع ذلك إهاب اسماعيل الرسالة السابقة ، رقم ١١٤ ص ٣٣٩ . وهو يقول
إنه يقضى بتعويض . والتعويض فى هذه الحالة « نوع استثنائى من التعويض قصد به مشاركة
من صدر له حكم التطلق فى تخفيف آلام التطلق التى تنود على الزوج المريض ... » . والواقع
أن اصطلاح « تعويض » هنا لا يوضع فى موضعه السليم ، إذا التعويض يكون عن خطأ وضرر
ولا يوجد فى هذه الحالة شئ من ذلك . مع مراعاة افتراضنا أن الزوج السليم قد قام بواجباته
نحو المريض ، على ما بينا من قبل عند كلامنا عن المرض كسبب للتطلق .

ثم إنه ينبغى أن يراعى أن النفقة هنا تقوم على البر والمساعدة للمريض . وعلى ذلك ينتق
الإلتزام بها متى كان التسبب فى التطلق (المريض) غير محتاج إليها .

على أن من الممكن أن تثار مسألة التعويض فى صدد الأسباب غير الإرادية بصفة عامة
كالمرض ، وإنما فى صورة أخرى . ذلك أنه إذا كان المرض فى حد ذاته سبباً للتطلق ، على
نحو ما بينا فى حينه ، إلا أن إخصاء المرض من المصاب به ، مع علمه بخطورته على الطرف
الآخر - كمرض من الأمراض الخبيثة المتعدية - قد يؤدى إلى أن يكون للطرف الآخر المطالبة
بالتعويض من المريض نفسه متى أدى ذلك إلى الأضرار به ، إذ الأمر هنا يتعلق بخطأ وضرر .

لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر»^(١) . وليس في كتب هذه الطائفة ما يوضح هذا الموضوع ويبين ما إذا كان بحكم بالنفقة أو التعويض في هذا الصدد، وإنما اكتفى في الخلاصة (مسألة ٢٨) بالنص على أنه إذا كانت الأسباب الإرادية من جهة الرجل «فللمرأة الحق في أن تأخذ جهازها مضافاً لمهرها وتربح الهدية المقدمة للعرس، وتأخذ أيضاً من نعمته الخصوصية بمقدار ثلث المهر»^(٢) . والذي يفهم من هذه العبارة الأخيرة أن ما تأخذه في هذه الصورة إنما يكون على سبيل التعويض .

وتتجه بعض الطوائف إلى التفرقة بين النفقة والتعويض، وتعالج كلا منهما بصفة مستقلة . فبعد أن نصت المادة ٢٤ من قواعد الروم على أن من يحكم عليه بأنه المتسبب وحده في الطلاق يدفع - حسب مقدورته المالية - نفقة للآخر إذا كان محتاجاً، جاءت المادة ٢٥ ونصت على أنه «إذا كان الأمر الذي دفع للطلاق قد وقع في ظروف كان منها أن تتج للزوج غير المسئول إهانة جسيمة فله محكمة أن تقضي في حكمها الصادر بالطلاق بملزومية الزوج المسئول وحده على الطلاق، وأن يدفع للآخر مبلغاً من المال بمثابة تعويض أدبي» . ومن الواضح أن قواعد هذه الطائفة تفصل بين النفقة والتعويض وتميز الجمع بينهما متى توافرت شروط كل منها^(٣) .

(١) المادة ٦٦ و ٧١ من مجموعي ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

(٢) وهذا هو نفس ما جاءت به مجموعة السريان في المادة ١٠٠ .

(٣) ولا مانع من تطبيق الحكم نفسه بالنسبة للطوائف الأخرى التي لم تنص عليه وخاصة إذا لم يكن في قواعدها ما يمنع ذلك كالأرمن والآنجليين . أما السريان فيبدو أنهم يروون التعويض عن الضرر الأدبي طبقاً لقواعد العامة فنص المادة ١٠٢ في فقرتها الأخيرة على أنه «أما الضرر الأدبي الذي يلحق بالمرأة من جراء الزيجات إذا كانت مطلومة فيرجع أمره للمحاكم النظامية» .

وهذا الاتجاه الأخير الذى يفرق بين الثقة والتعويض هو الاتجاه الذى يجب الأخذ به لسلامة الأساس الذى يقوم عليه . ويترب على ذلك أنه قد يحكم بالثقة وحدها أو بالثقة مع التعويض ، حسب الأحوال . ذلك لأن المقصود بالتعويض فى هذا الصدد ليس هو التعويض عن مجرد واقعة التطلق ، إذ يكفى بالنسبة لها أن يحكم بالثقة على نحو ما بينا ، طالما أنه لم ترتب للطرف البرىء أضرار خارجة عما يترتب عادة على التطلق فى حد ذاته ، وإنما التعويض الذى يقصده هنا هو التعويض عن الأضرار غير العادية التى تنشأ للطرف البرىء من سلوك الآخر سلوكا غير عادى يؤدى إلى إساءات جسيمة . وهذه الأضرار ينظر إليها مستقلة عن الضرر الذى ينشأ من مجرد التطلق فى حد ذاته ^(١) .

ومن هذا تبين أن الثقة والتعويض مستقلان ، وأنه قد يحكم بأى منهما دون الآخر أو قد يجمع بينهما ، لاختلاف كل منهما عن الآخر . ذلك أن الثقة إنما يحكم بها لمجرد توافر سبب التطلق فى جانب أحد الزوجين ، أما التعويض فلا يحكم به إلا إذا كانت هناك أضرار غير عادية ترتب على التطلق . فلا يكفى مجرد الضرر المادى المترتب على التطلق فى ذاته ، ويجب أن تكون تلك الأضرار غير العادية ناشئة من خطأ الطرف الآخر الذى يحكم عليه بالتعويض . ولهذا قد يحكم بثقة ولا يحكم بتعويض إذا لم يتوافر مثل

(١) مثل ذلك التطلق بسبب الزنا ، فواقعة الزنا فى حد ذاتها سبب للتطلق ، لكن قد يحدث الزنا فى ظروف تقترب عليها إهانات جسيمة للطرف البرىء وتعرضه للنضاج ، وهذا هو ما يمكن أن يحصل عنه التعويض . وكذلك الشأن بالنسبة للإيذاء مثلا فهو سبب للتطلق ، لكن قد يؤدى إلى الإضرار بالآخر ، كما إذا تخلفت عنه طاعة مستدعة ، وهذا ما يمكن أن يحصل عنه التعويض ... وهكذا . (انظر كذلك إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٣٣٦-٣٣٧ ، وحكم المجلس الملى الذى أورده فى هذا الشأن) .

هذا الضرر الغير مألوف^(١). ومن جهة أخرى يراعى أن النفقة تختلف عن التمييز من حيث تقديرها وأسس هذا التقدير، فقد رأينا أنها تقدر على أساس حاجة طالبها ويسار من فرضت عليه، مما يؤدي إلى الحكم بها زيادة أو قسما أو حتى بعدم الحكم بها إطلاقا، بحسب الأحوال. أما التمييز فلا يتقيد بذلك، وإنما يقدر على أساس الضرر.

هذا ونود الإشارة في صدد الكلام عن التمييز، إلى أننا قد سبق أن تعرضنا لمسألة التمييز عن التطلق على أثر تغير الديانة أو الملة، ولذلك يمكن الرجوع إليها في مناسبتها^(٢).

ومن جهة أخرى فإن القواعد الخاصة ببعض الطوائف كالآرمن قد وضعت تنظيميا لبعض المسائل المالية وجزءا بالنسبة لها قررت أن « الزوج الذى صدر عليه حكم الطلاق يفقد جميع المنافع التى قدمها له الزوج الآخر، سواء أثناء الزواج أو قبله وبقصد الزواج كالهبات المنقولة أو العقارية ». أما « الزوج الذى صدر لمصلحته حكم الطلاق يستبقى المنافع التى قدمها له الزوج الآخر. حتى ولو كان متفقا على أن تكون تبادلية ». لكن إذا بنى الطلاق على خطأ من الزوجين يفقد كل منهما المنافع التى قدمها له الآخر^(٣).

(١) وقد سبق أن بينا كذلك أن نفقة المدة لا تكفى كتعويض قدره القانون. ذلك أن النفقة فى الشريعة الإسلامية إنما فرضت للزوجة تنظير احتسابها أثناء قيام الزوجية وبعد الطلاق حتى تنتهى المدة. وهى من هذه الناحية لا تنفى عن إمكان الحكم بتعويض متى توافرت عناصره.

(٢) انظر الفقرة ٦٠ و ٦١ وخاصة رقم ٦١ من ٢٣٠ وما بعدها من هذا الكتاب.

(٣) المواد ٧٢ و ٧٣ و ٧٤ آرمن. وانظر كذلك المادة ٢٣ روم والمادة ١٤٦٠ من القانون المدنى اليونانى التى تقضى بأنه إذا حكم بانفراد أحد الزوجين بالمسئولية، جاز للزوج الآخر أن يرجع فى كل حبة صدرت منه لصالح الأول أثناء الخطبة أو الزواج. ويستقط حق الرجوع بمعنى سنة على الطلاق. كما تسقط بوفاة الزاهب أو الموهوب إليه.

١٨٥ - ٢ - للمهر والبائنة والجهاز :

يتقضى الكلام عن الآثار المالية بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية أن نعرض لحكم المهر والبائنة (الوطلة) والجهاز .

المهر : سبق أن بينا^(١) أن المهر في الشريعة المسيحية لا يعتبر ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه . ومع ذلك فقد يسمى للزوجة مهر في عقد الخطبة ، وفي هذه الحالة يستحق المهر المسمى بمجرد الإكليل في الزواج الصحيح ، وعلى النحو الذى يتفق عليه الطرفان .

وقد نظمت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية أحكام المهر عند انحلال الرابطة الزوجية . فإذا انحلت بالوفاة وكان المتوفى هو الزوجة اعتبر تركه يورث عنها . فإذا لم يكن قد دفع إليها كله أو بعضه ، يوزع على الورثة بعد أن يأخذ الزوج نصيبه منه . أما إذا كان المتوفى هو الزوج كان المهر الذى لم يدفع ، أو الباقي منه ، ديناً على تركته تستحقه الزوجة^(٢) .

إما إذا كان انحلال الزواج بالتطليق ، فقد نظمت بعض الطوائف حكم المهر . من ذلك ما نصت عليه المجموعات الحديثة للأقباط^(٣) من أنه « فى حالة الحكم بالطلاق ، إذا كان سبب الفسخ قهراً ، أى لا دخل لإرادة أحد من الزوجين فيه ، فيكون للمرأة حق الاستيلاء على مهرها . أما إذا كان سبب الفصل غير قهري ، فإن كان آتياً من الرجل فللمرأة الحق فى أخذ مهرها ، وإن

(١) انظر ص ٦٨١ من هذا الكتاب

(٢) وهذا الحكم واجب الاتباع لدى كافة الطوائف المسيحية التى تنظم المهر ، إذا ما اتفق عليه ، لأن الزواج ينحل بصفة طمة بالموت . (انظر بالتبعية لكاثوليك ما أورده جيل للفرقارى ، السابق (١٩٦٠/٥٩ ص ٣٢٣) .

(٣) المادة ٧٤ لسنة ١٩٥٥ ، المادة ٧٩ لسنة ١٩٣٨ .

كان آتياً من قبل المرأة فلاحق لها في المهر » . وواضح من ذلك أن المرأة تستحق مهرها في حالتين : حالة الأسباب القهرية وحالة الأسباب الإرادية ، متى كان السبب من جهة الرجل . ولا تستحق مهرها إذا كان السبب الإرادي من ناحيتها . ولكن الخلاصة القانونية ومجموعة السريان قد جاءت أكثر تفصيلاً في هذا الصدد^(١) . أما بالنسبة للطوائف الأخرى فقد ينشأ من المادة ١٦ من القواعد الخاصة بالانجيليين أنه إذا كان سبب « المفارقة » في الزوجة فليس لها مهرها . أما إذا كان من أزواج قلها مهرها .

الباتنة (البوطة) : رأينا^(٢) أن الباتنة هي الأموال التي تعطى للمرأة أو

(١) ويتضح من النصوص الواردة في هذا الشأن أن المرأة تستحق مهرها في الحالات الآتية : (١) في حالة الأسباب القهرية من جانب الرجل متى كان المانع موجوداً به من قبل وكانت لا تعلم به لا هي ولا وليها . (٢) حالة الأسباب القهرية من جانبها متى كانت قبل الزواج والرجل يعلم بها أو وليه (ويترامى أن المانع الموجود قبل الزواج هنا يؤدي إلى البطالان لا التلويق) . (٣) حالة السبب القهري من جانب المرأة وحدث بعد الزواج . (٤) إذا كان السبب إرادياً من جانب الرجل . وفي هذه الحالة يراهي أنه لكي تستحق مهرها ينبغي ألا يكون لها أولاد من خلقتها . فإذا كان لها أولاد منه فيحتفظ بجميع ماله للأولاد بحيث لا يكون فزوجة من ذلك إلا مجرد الانتفاع . وأما الملكية فتكون للأولاد .

أما الحالات التي لا تستحق فيها المرأة مهرها طبقاً لما جاء في الخلاصة ومجموعة السريان فهي : (١) حالة ما إذا كان السبب قهرياً من جهة الرجل وكان المانع موجوداً به من قبل وكانت تعلم به هي أو وليها . (٢) إذا كان السبب قهرياً من جهة المرأة من قبل الزواج ولم يكن الرجل طالباً به لا هو ولا وليه . (٣) حالة ما إذا كان السبب إرادياً من جانبها ، وفي هذه الحالة يأخذ الرجل قيمة مهرها من باقي ثمنها المحصوية (إذا كان يوتي) إن لم يكن له أولاد منها . أما إذا كان له أولاد منها أخذ جيازاها وبقي ثمنها ويحتفظ بذلك لهم خاصة .

(انظر المسألة ٣٨ من الخلاصة والمواد من ٩٨ إلى ١٠٢ من مجموعة السريان . وانظر بالنسبة لجميع الحالات السابقة : ابن السال السابق ص ٢١٤ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢١٧) .
(٢) ص ٦٨٣ من هذا الكتاب .

شخص آخر إلى الزوج بمناسبة الزواج للمشاركة في أعباء الحياة الزوجية . وهي كالمهر ليست من أركان الزواج ولا من شروطه : ولا تعتبر أثراً من آثاره .
ويشور الكلام هنا عن حكمها عندما تنقضى الرابطة الزوجية .

نصت المادة ٢٣ من قواعد الروم الأرثوذكس على أنه « بعد فسخ الزواج بالطلاق ترجع للزوجة باثنتها .. » . وهذا هو الحكم بالنسبة للأرمن^(١) . ومعنى ذلك أن للزوجة دائماً الحق في استرداد الدوطة باعتبارها ملكاً لها ، وهي تستردها كاملة . ولا يكون للزوج بعد ذلك أية حقوق عليها من حيث إدارة أموالها (أموال الدوطة) أو استغلالها . وإذا ما اقتضت الزوجية بالوفاة قسمت أموال الدوطة بين ورثة الزوجة كل بحسب نصيبه ، كما هو الشأن بالنسبة للمهر .

الجهاز : لا تجبر المرأة على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره .
فالتزويج يجوز بلا جهاز ولا مهر^(٢) . ومع ذلك فقد تقوم الزوجة بتجهيز منزل الزوجية . فها هو حكم جهاز المنزل وأتمته إذا ما انحلت الرابطة الزوجية ؟

(١) فقد جاء بالنسبة للأرمن مادة ٨١ أنه « عند فسخ الزواج يكون للزوجة دائماً الحق في استرداد الدوطة بأكملها » ومع ذلك فلمحكمة أن تمنح الزوج أجلاً لردّها .
وتضيف المادة ٢٤ روم حكماً آخر هو أنه في حالة وجود أولاد تبقى البائنة للزوج لتستعمل في تربية الأولاد وتنقيتهم ، وكل اتفاق بين الزوجين يخالف ذلك باطل .
(٢) وقد أوردت المادة ٧٥ وما بعدها مجموعة ١٩٥٥ أقياط (تقابل ٨٠ وما بعدها مجموعة ١٩٣٨) أحكام الجهاز فينت أنه لو زفت المرأة بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلاً فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء منه ولا تنقيس شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه (م ٧٥) . وإذا تبرع الأب وجيز ابنته الرشيدة من ماله ، فإن سلها الجهاز في حال حياته ملكته بالتقنين ، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه ، وإن لم يسلمه إليها ، فلا حق لها ولا لزوجها فيه (م ٧٦) . وإذا اشترى الأب من ماله في حال حياته جهاز ابنته القاصر ملكته بمجرد شرائه وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه (م ٧٧) . وإذا جهز الأب ابنته من مهرها وبقي عنده شيء منه فلها مطالبة به (م ٧٨) .

لاشك أن الجهاز الذى تحضره الزوجة معها إلى منزل الزوجية ملك لها وحدها ، وليس للزوج إلا الانتفاع به إذا وضع فى بيته ويترتب . على ذلك أنه يكون للزوجة أن تأخذه إذا ما اهضمت الرابطة الزوجية باعتباره ملكا لها^(١) . ولا تفرق المجموعات الحديثة للأقباط والأرمن فى حالة انقضاء الرابطة الزوجية بين ما إذا كان السبب من جانب المرأة أو من جانب الرجل ، إذ تعطى للمرأة الحق فى جهازها فى جميع الحالات^(٢) . وذلك خلافا لمجموعة السريان وكتب الفقه لدى الأقباط ، إذ تفرق بين الأسباب القهرية والأسباب الإرادية ، وفى هذه الحالة الأخيرة تفرق بين ما إذا كان السبب من جهة الرجل وما إذا كان من جهة المرأة .

فإذا كان السبب قهريا كان للمرأة جهازها فى جميع الحالات . أى سواء كان السبب من جهة المرأة أو من جهة الرجل^(٣) . أما إذا كان السبب إراديا

(١) ويستتبع ذلك أيضا أنه يكون لها أن تطالب بما يأخذه منه الزوج سواء حال قيام الزوجية أو بعدها ، ولها أن تطالبه بقيته إن هلك أو استهلك عنده . انظر المادة ٧٩ مجموعة ١٩٥٥ أقباط . ونص المادة ٨٢ أرمن على أن « المتقولات والملبوسات التى تحضرها الزوجة تكون لها وتمود إليها عند فسخ الزواج » .

وتعطى القواعد الخاصة بالانجيليين للمرأة الحق فى أخذ جهازها فى جميع الحالات عند المفارقة ، فنص المادة ١٥ على أنه « إذا كانت علة المفارقة فى الزوجة فلها متاعها (فقط) الزائدة به من بيت أبيها خاصة . وإلا فلها متاعها ومهرها » .

(٢) وهذا هو الحكم بالنسبة للانجيليين على ما بينا فى الهامش السابق .

(٣) انظر المادتين ٩٨-٩٩ سريان والمادة ٣٨ من الخلاصة وكذلك ابن العسال ، ص ١١٤ وكذلك ص ٢٩٥-٢٩٦ . بل إنه - كما جاء فى ابن العسال ص ٢١٥ - إذا « كان قد بلى من جهازها شيء فلتأخذ منه قيمة المثل » .

من جهة الرجل تأخذ المرأة جهازها..^(١) لكن إذا كان من جهة المرأة - كما إذا زنت مثلاً - فلزوج أن يأخذ جهازها..^(٢)

هذا هو الحكم بالنسبة للجهاز إذا لم يَمُزَّع بين الزوجين حول ملكيته كله أو بعضه . لكن قد يثور النزاع بينهما حول الأمتعة الموجودة بمنزل الزوجية ، ماذا يكون الحكم ؟ تولت القواعد الخاصة بالأقباط والأرمن حل الموضوع فقررت أنه : إذا اختلف الزوجان حال قيام الزواج أو بعد الفسخ في متاع موضوع في البيت الذى يسكنان فيه ، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة إلى أن يقيم الزوج البينة عن أنه له . وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً لهما ، فهو للزوج ما لم يقيم المرأة البينة على أنه لها^(٣) . أما إذا قام النزاع حول متاع من الأمتعة الموجودة بمنزل الزوجية بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر ، فإن

(١) انظر المادة ١٠٠ سريان والمادة ٢٨ خلاصة ، وابن السال ص ٢١٧-٢١٩ .

(٢) انظر المادة ١٠١ سريان والمادة ٢٨ وابن السال ، ص ٢١٧ . كل هذا مع مراعاة حكم ما إذا كان هناك أولاد أم لا ، على حسب ما بينا عند كلامنا عن المهر .

وفقد المرأة لجهازها في هذه الحالة يكون على سبيل تمويض تقدره المجموعات السابقة بطريقة جزائية جزاء على سلوكها وخطئها . ولهذا ترى أن يدخل في الاعتبار إذا ما طلب التمويض طبقاً للقواعد السابقة ، حتى لا يكون ذلك مناسباً لأتراء الزوج على حسابها . والزوجة تفقد جهازها في هذه الحالة مهما كان منها من مستندات على ملكيته ، لأن هذا يعد عقاباً لها . ويؤيد ذلك ما أورده ابن السال عند كلامه عن يتزوج مع عليه بحجة الزوج الأسير ، إذ جاء أنهم إن تهجموا عوتبوا ، فإن كان هو الرجل يؤخذ منه الهدية (يقصد المهر انظر ص ٢١٤ بالهامش من المؤلف نفسه) التي قبل الرمس . وأما المرأة فيؤخذ منها الجهاز .

(٣) م ٨٠ بمجموعة ١٩٥٥ أقباط وهو نفس المعنى الوارد في المادة ٨٣ أرمن .

ما يصلح لاستعمال الزوجين من هذه الأمتعة يكون للحي منها إلا إذا ثبت العكس^(١).

هذا ولما كانت القواعد السابقة تنفق مع المنطق ومع ما قضى به أحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه يمكن تطبيقها لدى الطوائف الأخرى التي لم تنظم مثل تلك الأمور .

ويراعى أنه في جميع الحالات التي يكون فيها للمرأة الحق في أخذ جهازها أو أخذ ثمنه عند تمزده ، يتعلق الأمر بدعوى مدنية بحته ، ولهذا لا يخضع النزاع لقواعد الأحوال الشخصية في مثل هذه الحالة^(٢).

ثالثاً : بالنسبة للأولاد

١٨٦ - تمهيد : لا تتأثر حقوق الأولاد قبل والديهم بانحلال الرابطة الزوجية . ولهذا تبقى شرعية نسبهم كما تبقى لهم كل المزايا التي كانت لهم حال قيام الزوجية . ويلزم كل من الأبوين - على قدر طاقته - بالمساهمة في تربيتهم وتعليمهم . وقد نصت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس على أنه . « لا يؤثر حكم الطلاق على ما للأولاد من الحقوق قبل والديهم » . وهذا هو

(١) انظر المادتين ٨١ أقباط و ٨٤ أرمن .

(٢) وقد أخذت محكمة النقض بهذا وقررت أن المحاكم المدنية في مثل هذه الحالة لا تقيد بالأحكام الفرعية المتبعة أمام القضاء الشرعي (الحكم قبل إلغاء المحاكم الشرعية) في تعيين طرق الاتبات وفي تحميل عبثه وفي إجراء التحقيق . بل ذلك كله يكون على وفق قواعد القانون المدني وقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية (جلسة ١٩٤٥/٤/١٩ طحان رقم ١٠٦ و ١٢٩ س ١٤ ق بمجموعة أحكام النقض في ٢٥ ج ١ رقم ٣٨ ص ١٤٠-١٢٩ .

المعنى الذى جاءت به القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى^(١) .

وبالنسبة لآثار انحلال الرابطة الزوجية يثار الكلام حول العناية بالأولاد وتربيتهم وخاصة إذا كانوا صغاراً . ويختلف الأمر بحسب أطوار حياة الأولاد فى البداية يكونون فى حاجة إلى الرضاع والحضانة ، ثم بعد ذلك يكونون فى حاجة إلى العناية والتربية . ولهذا تتكلم عن الرضاع ، والحضانة ، ثم الولاية على نفس الصغير أو الضم .

§ - ١ - الرضاع

١٨٧ - الأحكام المتعلقة بالرضاع : تعرضنا فيما سبق^(٢) للرضاع باعتباره مانعاً من موانع الزواج . وفى هذا المجال نعرض له من حيث اعتباره حقاً للصغير ومن حيث وجوبه على الأم ومن حيث أجرته . ويلاحظ بصفة عامة أن الطوائف التى نظمت هذا الموضوع قد تأثرت بما جاءت به الشريعة الإسلامية .

وقد تعرضت بعض الطوائف بالتنظيم لمسألة الرضاع ، فنصت المادة ٢١ من

(١) م ٦٨ مجموعة ٥٥ أقباط وتقاليها ٧٢ مجموعة ١٩٣٨ ، وقد نصت المادة ٧١ من مجموعة الألمان على أن : « فسخ الزواج يعتضى حكم صادر بالطلاق لا يحرم الأولاد المزوجين من هذا الزواج من أية منزلة من المزايا التى تكفلها لهم القوانين أو التى منحها لهم الوالدان . ولكن لا تظهر حقوق الأولاد إلا بنفس الطريقة وفى نفس الظروف التى كانت تظهر فيها لو لم يكن هناك طلاق » وانظر كذلك المادة ١١٧ من المجموعة نفسها .

وتنص المادة ٢٧ من قواعد الروم على أنه « يجعل الزوجان مصاريف تربية الأولاد كل واحد منها حسب مقدرته المالية ، وتقضى المحكمة بحكم الطلاق بجميع الوسائل التى ترى القضاء بها لحماية الأولاد » .

(٢) فترة ١٢٢ ص ٥٦٣-٥٦٤ من هذا الكتاب .

القواعد الخاصة بالأنجبيليين على أن « تتولى الأم رضاعة بنينا ذكورا وإناثا ، مطلقا كانت أو غير مطلقا ، مفارقة كانت أو غير مفارقة » ، كما نصت المادة ٣٠ على أن « زمن الرضاعة سنتان من يوم الولادة »^(١) . ومن الواضح طبقا لهذا أن الأم هي التي تقوم بالارضاع سواء حال قيام الزوجية ، أو حال المفارقة بينها وبين زوجها ، أى فى حالة الانفصال الجسدى مع بقاء الرابطة ، أم فى حالة التطليق أيا كان سببه ، أى حتى ولو كان سبب التطليق من جهتها ، لأن الأمر فى هذه الحالة يتعلق بالمحافظة على الصغير عن طريق تربيته ، وهو فى أشد الحاجة إليها .

والرضاعة واجبة على الأم لوليدها على النحو السابق ، ولهذا فإنها تلزم بارضاعه^(٢) . لكن ما مدى هذا الإلزام ؟ لم تبين القواعد الطائفية ذلك . ولهذا نرى الاستنارة بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ، وهى تقضى - طبقا لأحكام المذهب الحنفى - بأن الأم مطالبة ديانة - لا قضاء - بإرضاع وليدها . ومعنى ذلك أن جزاء الامتناع عن إرضاعه جزاء دينى فقط ؛ فلا يجبرها القضاء على الإرضاع . ومع ذلك فإن للقضاء أن يجبرها على الإرضاع فى حالة الضرورة بأن كان الولد لا يلقم إلا ثديها أو إذا لم توجد مرضع سواها ، أو وجدت المرضع الأخرى ، لكن الأب والولد كانا فى عسرة لا يستطيعان دفع أجرتها . فى هذه الأحوال تجبر الأم قضاء على الإرضاع ، لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك^(٣) .

(١) وفى نفس المنى المادتان ٤٧ و ٤٨ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك .

(٢) تنص المادة ٤٧ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك على أن « الإرضاع حق للأم وواجب عليها بالنسبة لجميع أولادها ذكورا أو إناثا » وسواء كانت مقبلة مع زوجها أو كانت مفترقة عنه » .

(٣) انظر فى هذا كذلك رأى المالكية ، أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٠٩ .

وإذا كان الإرضاع واجباً على الأم على النحو السابق، فهو حق لها كذلك، ولا يجوز أن يؤخذ منها الصغير ليعطى لمرضة أخرى.

أما من حيث إجرة الرضاع، فإنها في الأصل تجب في مال الصغير إذا كان له مال، فإن لم يكن له ثمة أباه، أو بصفة عامّة من تجب عليه نفقة الصغير^(١). وإذا كانت الممرضة غير الأم استحقّت أجرها على هذا النحو طبقاً للاتفاق معها. لكن ما الحكم بالنسبة للأم. هل تستحقّ أجرها على الرضاع؟

إذا كانت الزوجية قائمة، لا تستحقّ الأم أجرها على ذلك، طالما كان الزوجان يعيشان معاً، إذ المفروض أصلاً أن الزوج يقوم بالاتفاق والوفاء بكل ما تحتاجه زوجته. لكن إذا انقضت الزوجية أو انفصل الزوجان، فهل تستحقّ الأم أجرها على إرضاع الصغير؟ يمكن القول في هذه الحالة أنها تستحقّ الأجر قلدة عامين من يوم الولادة وهي المدة التي نصت الشرائع على جعلها حداً أقصى للرضاعة. والأجر في مقابل الرضاع يدخل في الاعتبار عند تقدير النفقة للصغير.

هذا ويراعى أنه يمكن الأخذ بالأحكام السابقة وما يكملها من أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للطوائف المختلفة حتى ولو لم يرد فيها تنظيم خاص، باعتبار أنها أحكام تتفق مع الأوضاع الطبيعية بالنسبة لعلاقة الطفل بوالديه.

(١) وتنص المادة ٢٦ انجيليين على أن « نفقة الرضاعة أو الحضانة تنزّم أبا الصغير إن لم يكن لهذا الصغير » مال. فإن كان له مال فلا يلزم أباه منها شيء إلا بالتبصر. وهذا ما فهم أيضاً مما جاءت به الخلاصة القانونية في المسألة ٢٩ ومجموعة الريان في المادة ١٠٦ حيث جاء أنه « إذا كان السبب لحصول الفريقتين، كاتنين لها قرابة ممانعة وتزوجا ثم خلفا أولاداً أو كاتنين ترهبنا بعد الزواج، فالرضاعة للأم والنفقة والترية على الوالد ».

§ - ٢ - الحضانة

١٨٨ - التعريف بما هو المدخل في دراستها من مسائل: الحضانة هي إمساك الولد وتربيته بما يصلحه وفيه ما يضره . وتكون بالنسبة للأولاد ذكورا وإناثا حتى يبلغوا سنا معينة ، يفترض بعدها عدم احتياج الصغير إلى من يرعى شؤنه ^(١) . وهي حق للصغير إلى جانب أنه ينظر فيها إلى مصلحته وحاجته إلى الرعاية . ورعاية مصلحة الصغير تستلزم أن يكون تطبيق أحكام الحضانة بصورة مجردة ، بغض النظر عن عاطفته ، لأنه يكون في سن لا يحسن معها تقدير مصلحته ^(٢) ، مما يترتب عليه أن تثبت حضنته ولو كان هو نفسه غير راغب فيها ؛ ولهذا ينبغي أن ينظر في تنازل من تثبت له الحضانة عنها إلى مصلحة الصغير وعدم إضاعته . فإذا أسقطت الحاضنة حقها كان الإسقاط صحيحا ، طالما أن حق الولد لم يضع بتسليمه إلى حاضنة أخرى تالفة للأولى في الاستحقاق . ذلك أن الحضانة حق للحاضنة وحق للصغير . فإذا أسقطت الحاضنة حقها بقي حق الصغير قائما وإذا ما وجدت حاضنة أخرى سلم إليها الصغير لم يضع حقه ، أما إذا لم توجد ، فإن إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لا يعتد به ، وليس لها الحق في رفض حضنته ^(٣) . ذلك أن حق الصغير مقدم على غيره من الحقوق . وإذا كان له الحق في الحضانة ، فإن من حقه كذلك الرعاية والمطف والتربية الصالحة ورفع الضرر

(١) وتنس المادة ٤٩ من القواعد الخاصة بالأقطار الكاثوليك على أن « الحضانة توجب حفظ الأولاد والاعتناء بهم ماديا وأديا حتى من السابعة للولد والبنت سواء بسواء » .
(٢) أنظر في هذا حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية في ٣ - ٤ - ١٩٥٨ رقم ٩٤٢ س ١٩٥٧ في المرجع جزء ٣ لصالح حتى رقم ١٥٢ ص ١٥٣ .
(٣) أنظر في هذا محكمة القاهرة الابتدائية في ١٦/٤/١٩٥٦ رقم ٧٥١ س ١٩٥٦ وفي ١١/١٣/١٩٥٧ رقم ٢٥٨ - ١٩٥٦ أوردها صالح حتى في المرجع ج ٢ رقم ١٤٣ و ١٤٩ ص ١٤٨ و ١٥٢ على التوالي .

عنه ، ولهذا متى تركت الحاضنة الصغير وأهملته مما يترتب عليه الخوف من ضياعه ، كان من حقّه أن ينزع منها ويوضع عند من يقوم برعايته وتربيته والمطف عليه ^(١) .

والكلام عن الحضانة يقتضى أن نعرض لمن تثبت ، وشروطها ، وأجرها ، ومكانها ثم قضاؤها .

١٨٩ - لمن تثبت الحضانة : يحكم هذا الموضوع أصل عام في القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة الإسلامية ، يقضى بتفضيل النساء ، في الحضانة على الرجال ، كما يقضى كذلك بتقديم قرابة الأم من النساء على قرابة الأب منهن ^(٢) . وقد وضع هذا الحكم مبنية هي أن الصغير في المرحلة الأولى من حياته يكون في حاجة إلى خدمة النساء وعطفهن وشققتهن ، وهذا لا يتوافر لدى الرجال بنفس الصورة التي توافرها لدى النساء . وطالما كان ينظر في الحضانة إلى هذه الناحية ، فقد وضع تنظيم من تثبت لهم الحضانة بصفة عامة على أساس توافر الشفقة والمطف ، فثبت أولاً لمن تزيد عندهم الشفقة ، ولا يلتجأ إلى من هو أقل شفقة إلا عند عدم وجود من هو أوفر منه شفقة على الصغير . ولهذا تثبت الحضانة للأقرب والأقرب من النساء أولاً ثم من الرجال بترتيب خاص فيما بينهم ، نصت عليه الطوائف المختلفة .

(١) أنظر محكمة الرمل الجزئية في ٢٥ - ٠ - ١٩٥٧ رقم ١٧٧ س ١٩٥٧ المرجع السابق رقم ١٦٩ ص ١٥٨ .

(٢) ومع ذلك فإن القواعد الخاصة بالانجيليين لم تتفق مع هذا الأصل إذ جلت الأب وقرابته في مرتبة تلي الأم وأم الأم ولكنها تسبق قرابة الأم بصفة طمة فتنتس المادة ٢٤ على أنه « إذا لم تتوافر في الأم شروط أحقية الحضانة المذكورة صارت حضانة الولد للأم الأم المسيحية » ثم للأب المسيحي ، ثم للأقرب فالأقرب من أقرباء الأب المسيحيين ، ثم أقرباء الأم المسيحيين . وإن لم يوجد أحد من هؤلاء أو أولئك فلن تمينه السلطة المختصة .

وتفريعا على ذلك وضعت الطوائف المختلفة تنظيما لمن تثبت لهم الحضانة
نساء ورجالا . إلا أن هذا التنظيم يختلف من طائفة إلى أخرى وإن كان أحدثها
وأوفاهما هو ما جاءت به المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس . ولهذا نعرض
لما جاءت به قواعدهم بصفة أصلية ، مشيرين إلى ما تقضى به القواعد الخاصة
بالطوائف الأخرى في مناسبتها . والقواعد الخاصة بالأقباط تضع أولا قائمة بمن
لمن الحضانة من النساء ، ثم تضع بعد ذلك قائمة بمن تثبت لهم الحضانة من الرجال ،
إذا لم توجد واحدة تستحق الحضانة^(١) . ولهذا نبين أولا من تثبت لهم الحضانة
من النساء ثم من الرجال .

لن تثبت الحضانة من النساء ؟ (١) تثبت الحضانة للام أولا . وهي
تثبت لها سواء حال قيام الزوجية أو بعدها ، طالما لم يوجد هناك سبب يمنعها ،
على أن توافر فيها شروط الحاضنة على الوجه الذى سنبينه فيما يلى عند الكلام
عن شروط الحضانة . وإذا كانت الحضانة تثبت للام على هذا النحو .
فهل يمكن إجبارها عليها إذا لم تكن تريدها ؟ لاشك أنه ينبغى فى هذا الصدد
النظر إلى مصلحة الصغير ورعاية حقه ، كما قدمنا . فإذا كان تنازلا لا يضر بحق
الصغير ، بأن وجدت من تليها وكانت أهلا للحضانة فلها لا تجبر . لكن إذا لم
يوجد غير الأم وتوافرت فيها الشروط بحيث تنفق المضارة من بقاء الصغير فى
يدها ، فلا يسقط حقها فى الحضانة بمجرد التنازل عنه ، طالما أنه لم يوجد له
حاضنة غيرها^(٢) .

(١) أنظر المادتين ١٢٢ ، ١٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة فى ١٤ - ٣ - ١٩٥٦ رقم ٦٢ س ٧٢٤ (المرجع لسالم
حتى جزء ٢ رقم ٥٦٥ س ٤٢٣) والحكم بالنسبة لكانوليك) . كما قضت المحاكم بالنسبة =

هذا ولا تختلف الطوائف الأخرى في إثبات الحضانة للأم متى توافرت فيها الشرط ^(١) .

(٢) إذا لم تثبت الحضانة للأم نظرا لعدم وجودها أو لقيام سبب يمنها من حضانة الصغير ، تنتقل الحضانة بعد ذلك إلى من يليها من النساء على الترتيب الذى جاءت به المادة ١٢٢ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس ، إذ تجعلها بعد الأم **للجدات** وتقدم الجدة للأم على الجدة لأب . ومن بعد الجدات للأخوات مع تقديم الأخوات الشقيقات ثم الأخوات لأب ثم الأخوات لأب ومن بعدهن لبنات الأخوات بتقديم بنت الأخ لأبوين ثم لأب ثم لأب ، ثم لبنات الأخ كذلك . ومن بعدهن لحالات الصغير ، وتقدم الحالة لأبوين ثم الحالة لأب ثم لأب . ومن بعدهن لعلمت الصغير ؛ ثم لبنات الحالات والأخوال ثم لبنات العمات والأعمام ، ثم لحالة الأم ثم لحالة الأب ثم لعمه الأب ولعمة الأم بهذا الترتيب .

ولم تمرض الطوائف الأخرى لمثل هذا التفصيل ، وإنما اكتفى البعض منها

= للمسلمين في هذا الصدد بأن الام لا تجبر على الحضانة إلا في حالة وجيدة ، وهى ما إذا تمرضت حياة الصغير لخطر بأن كان رضيعاً وامتنع عن أن يرضع من غير أمه . ففي هذه الحالة تجبر على حضانه حفظاً لحياته . وفيما عدا هذه الحالة ، فإن الأم أو أية حاضنة أخرى لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت عنها (أنظر حكم الاسكندرية الابتدائية فى ٢٨ - ٤ - ١٩٥٨ رقم ٨٢٢ س ١٩٥٩ فى المراجع ج ٢ رقم ١٥٥ ص ١٥٥) .

(١) قصص القواعد الخاصة **بالسريان** الارثوذكس على جبل الحضانة للأم متى لم يكن التطبيق من جانبها على النحو المبين فى المادة ١٠٤ وما بعدها . وهو نفس ما جاءت به الخلاصة القانونية فى المسألة ٢٩ . وهو أيضاً ما جاءت به المادة ٢٦ بالنسبة **للروم** الارثوذكس ، والمادة ١٠٩ بالنسبة **للروم** والمادة ٣٣ بالنسبة **للاتنجيليين** . وهو ما تمرضت له كذلك المادة ٥١ بالنسبة **للاقباط الكاثوليك** ويتحقق هذا لديهم إذا انحل الزواج بالوفاة أو فى حالة الانعزال الجسدى .

بالنص على أنه إذ لم تثبت الحضانة للآم أو للآب ، فإنها تكون لمن يمينه الرئيس الروحي ، ويختار المحاضن أو المحاضنة على النحو الذي ترى فيه مصلحة الصغير .^(١) ولهذا فأننا نرى بالنسبة لمثل تلك الطوائف الأخذ بترتيب المحاضنات على النحو الذي أوردته أحكام الأقباط الأرثوذكس لاتفاقه مع مصلحة الصغير من جهة ولعدم منافاته لما يقضى به الشرع من جهة أخرى .^(٢)

لن تثبت الحضانة من الرجال ؟ إذا لم يوجد للصغير قرية من النساء أهل الحضانة ، فإنها تنقل إلى الأقارب من الذكور . وقد رتب المادة ١٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس أحقيتهم في الحضانة فقررت أنه يقدم الآب ثم الجد لآب ثم الجد لآم . ويلي هؤلاء الأخوة ، ويقدم الأخ الشقيق ثم الأخ لآم ، ثم بنو الإخوة على هذا الترتيب كذلك . ويلي هؤلاء الأعمام : العم الشقيق ثم لآب ثم لآم . ويليهم الأخوال : لأبوين ثم لآب ثم لآم ، ثم أولاد من ذكروا بهذا الترتيب . ولم تورد المجموعات الخاصة بالطوائف ترتيب من لهم

(١) أنظر المادة ١٠٣ وما بعدها بالنسبة لسريان . وهو ما تنفي به كذلك المادة ٢٦ بالنسبة للروم إذ ترك الأمر لتقدير المحكمة إذا لم تتوافر شروط الحضانة في الأبوين .
(٢) ويقرب ما أوردته الأوزن مما جاءت به مجموعة الأقباط ، فنس المادة ١١٠ من قواعدم على أنه : « إذا لم تتوافر في الأم شروط الحضانة أو إذا توفيت ، كانت الحضانة للأقرب من النساء إلى الولد بالترتيب الآتي : الجدة لآم . الجدة لآب . الأخت . الحالة . العمة بنت الحالة ، وبنت العمة .. الخ » .

وتنفي المادة ٥١ للأقباط الكاثوليك بأن « الحضانة للآم متى توافرت فيها الشروط .. وإلا فلن يليها في القرابة من جهة الأم بشرط ألا تعدى قرابتها الدرجة الثالثة ، وعند التساوي تقدم الأصول على الحواشي .. » .

ولكن المادة ٢٤ بالنسبة للأنجليكان قد أوردت تنظيماً آخر على حسب ما أشرنا إليه من قبل (انظر فيما سبق هامش ٢ من ١٦٨) .

الحضانة من الرجال على هذا النحو^(١).

هذا هو الترتيب الذى يتعين الأخذ به بالنسبة لمن ثبت لهم الحضانة . وإذا ما تساوى المستحقون فى درجة واحدة ، كأختين شقيقتين أو أخين مثلاً ، يقدم الأصلى منها للقيام بشئون الصغير . ولكن هذا الترتيب مرهون بتوافر الشروط لدى من ثبت لهم الحضانة ، فإذا لم تتوافر انتقلت إلى من يليه . . . وهكذا . وإذا قام لدى أحد هؤلاء مانع يمنعه من الحضانة ، سقط حقه فيها ، وهى زال هذا المانع عاد إليه حقه . وإذا ما حصل نزاع حول أهلية الحاضنة أو الحاضن كان للمحكمة أن تعين من تراءى أصلى من غيره ، دون تقييد بالترتيب السابق . بل إن للمحكمة ذلك أيضاً فى كل حالة تستلزم فيها مصلحة الصغير تحظى الأقرب إلى من دونه فى الاستحقاق . وإذا لم يوجد مستحق أهل للحضانة ، أو وجد وامتنع عنها ، يعرض الأمر على المحكمة لتعيين امرأة آمنة لهذا الغرض من

(١) ذلك أن السريان والروم يتركون الأمر لتقدير المحكمة عند عدم وجود الأبوين . والانيشليون يوردون ترتيباً آخر كما أشرنا فى المباحث السابق ، وعدم أن الأب وقربائه فى مرتبة تلى الأم وأم الأم وتقدم على قرابة الأم .

وتقضى المادة ١١١ من مجموعة الأرمين الاثنا عشر بأن « إذا لم يكن لولد أقرباء من جنس النساء ، كانت الحضانة لأقربائه من الرجال على الترتيب الذى يثبت لهم فى حالة السلطة الأبوية والنصوص عليه فى المادة ١٠٦ . وهذه المادة تقضى بأنه « إذا توفى الأب أو الأم تكون السلطة الأبوية لمن يبينه من ملأ منها أخيراً ، أو لولد الأقرباء إلى الولد بالترتيب الآتى : الجد الصحيح ، الجد لأم . الأخ ، العم . الخال ، وأولاد من ذكروا بنفس الترتيب . وعند عدم وجود أحد من هؤلاء تكون للشخص الذى يمينه المحكمة » .

وتورد المادة ١٠١ بالنسبة للأقباط الكاثوليك حكماً يتفق مع ما تقضى به الشريعة الإسلامية ؛ إذ يبدأ أقرب الأم حتى الدرجة الثالثة ، تكون الحضانة لعصبات بترتيب الأولوية فى الإرث وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء جياً كان للمحكمة تعيين الحاضنة .

أقارب الصغير أو من غيرهم^(١). ولا مانع من تطبيق هذه الأحكام جميعها لدى الطوائف المسيحية الأخرى ، طالما أنها تترك الأمر لتقدير المحاكم لترى مصلحة الأولاد على نحو ما بينا .

١٩٠ - شروط الحضانة : لكي تثبت الحضانة للأشخاص السالف ذكرهم ينبغي أن تتوافر شروط معينة ، وإذا لم تتوافر هذه الشروط كان الشخص غير أهل للحضانة وانتقلت إلى من يليه في المرتبة .

السن : يلزم أن يكون من له الحضانة ذكراً أو أنثى - قد بلغ سناً معينة . وتقضى المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس بأنه يشترط في الحاضنة أن تكون قد تجاوزت سن السادسة عشرة ، وفي الحاضن أن يكون قد تجاوز سن الثامنة عشرة ، وهي سن الزواج لدى هذه الطائفة . وبعض الطوائف الأخرى لم تحدد سناً على هذا النحو ، وإنما استلزمت أن يكون من له الحضانة بالغاً^(٢) .

الديانة . يجب أن يكون من له الحضانة مسيحياً . ولم تنص غالبية الطوائف إلا على هذا الشرط ، إذا اكتفت بأن يكون مسيحياً ، وذلك بطبيعة الحال خشية من أن يتأثر الصغير بديانة من له الحضانة أو أن يآلف دينه . وبعض الطوائف

(١) انظر فيما سبق المواد ١٢٥-١٢٨ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط . وانظر كذلك المادة ١١٢ أرمين ، وهي تقضى بأنه « إذا لم يوجد أقارب حائزين لشروط المذكورة » تختار المحكمة امرأة مأمونة لحضانة الولد » .

(٢) انظر المادة ١٠٨ أرمين والمادة ٥٠ أقباط كاثوليك .

تذهب إلى أبعد من ذلك وتستلزم أن يكون من له الحضانة من مذهب الصغير، وهم الكاثوليك^(١).

المطل: يلزم أن يكون من له الحضانة عاقلاً. فإذا كان مجنوناً لا ثبت له الحضانة. وهذا الشرط ضروري كذلك لدى الطوائف المختلفة، حتى تكون للحاضنة أو الحاضن القدرة على تربية الولد وضمان حمايته.

الإمانة والقدرة على تربية الصغير: يلزم كذلك أن يكون من له الحضانة أميناً قادراً على تربية الصغير وصيائمه^(٢). فإذا لم تكن الحاضنة آمنة، بأن كانت فاسقة مستهترّة موجبة السلوك، لا تؤمن على أخلاق الصغير وأدبه وعلى نفسه، فإنها لا تسكون أهلاً للحضانة^(٣).

(١) انظر المادة ٥٠ أقطاط كاثوليك.

وانظر بالنسبة لكاثوليك الشرقيين بصفة عامة ما جاء في المادة ١٢١ من الإرادة الرسولية بالنسبة لعبادة الأولاد وتربيتهم في حالة الاتصال الجسدي، إذ تقرر أن على الزوج البريء تربية الأولاد. فإذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكي، قام بالتربية الزوج الكاثوليكي، ما لم يقرر الرئيس الديني في أي من الحالتين، غير ذلك، لصالح الأولاد أنفسهم، مع مراعاة ضمان تعليمهم تعليمًا كاثوليكيًا في جميع الحالات.

(٢) انظر م ١٢٤ أقطاط أرثوذكس (مجموعة ١٩٥٥). وتستلزم المادة ٢٣ إنجيليين أن تكون الحاضنة « حنة السيرة والأخلاق »، قادرة على تربية ولدها وصيائمه. كما تستلزم المادة ١٠٨ أن يكون لمن له الحضانة من التمييز وحسن الخلق ما يجعله قادراً على الاهتمام بالأولاد مالياً وأدياً.

(٣) ولا يقصد بالإمانة التدين كما يرى فقهاء الشريعة الإسلامية (انظر: أبو زهرة، «السابق» ص ٦٤). وانظر في هذا المعنى كذلك حكماً من محكمة النقض (بالنسبة لأهلية الحاضنة لدى اليهود القرائين) في ١٠ يناير ١٩٥٧ مجموعة الكتب الثاني ص ٨ عدد ١ ص ٦٠ قضية رقم ١٦ ص ٢٥ ق. وقد حكم بأنه « يشترط في الحاضنة أن تكون آمنة على محضونها قادرة على تربيته التربية الناجحة. فإذا كانت الحاضنة غير ذلك بأن كانت ماجنة وفاسقة خسفاً يستلزم سماع محضونها سقط حقها في حضائته (مينا البصل الجزئية في ١٩٥٨/١١١١ رقم ٢٧٣ سنة ١٩٥٧ - المرجع لصالح حتى جزء ٢ رقم ١٦٦ ص ١٥٩).

وإذا كان من له الحضانة غير قادر على تربية الصغير وصيائه فإنه لا يكون أهلاً لها . والعجز عن القيام بالحضانة قد يكون بسبب المرض أو بسبب قدم السن أو للانشغال بصغير الصغير ، ولهذا يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن المرأة إذا ما كانت محترفة منشغلة بصغير الصغير لا تكون أهلاً للحضانة ، لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه ، وذلك لا يكون مع العجز أو عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل ^(١) . ومع ذلك فإذا لم يكن من شأن العمل الذي تحترفه الحاضنة إضاعة مصلحة الصغير ، فإنها تكون أهلاً لحضاته . وهذا ما أقره القضاء ^(٢) . ومناطق القدرة أن يكون من له الحضانة في حالة يستطيع معها القيام على رعاية الصغير وحضاته ، حتى ولو كان فاقداً للبصر ^(٣) .

عدم التزوج بصغير ذي رحم محرم : يشترط كذلك ألا يكون من له الحضانة متزوجاً بصغير محرم للصغير ؛ لأنه يعتبر أجنبياً عنه وقد لا يعطف عليه ^(٤) . وتشدد القواعد الخاصة ببعض الطوائف في هذا الصدد ، خشية أن ينشأ الصغير

(١) انظر : أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٠٦ .

(٢) فقد حكم بأن الشريعة الإسلامية لا تمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت خصوصاً إذا كانت مطلقة ولا طائل لها . ولا مانع يمنع الام من حضانة ولدها الصغير وهي محترفة لتجلب قوتها ولو كانت حرقها حقيرة أو منافية للاحتشام الذي هو من آداب الاسلام ، بشرط أن يكون الولد مصوناً غير ضائع ولا يخشى عليه (الجرك المجزئية ٤ في مايو ١٩٥٧ رقم ٧١ ص ١٩٥٧ - المرجع لصالح حتى ج ٢ رقم ١٦٠ ص ١٥٨) .

(٣) وقد حكم بأنه لا يشترط أن تكون الحاضنة بصيرة ، فإن المسمى ليس من شأنه منها من واجب الحضانة ، ومن ثم فإن المسمى بذاته ليس مانعاً من الحضانة (المنيا الكلية في ١٩٥٧-١٩٥٧ رقم ١٣ ص ١٩٥٧ استئناف ، صالح حتى ج ٢ رقم ١٤٧ ص ١٥١) .

(٤) وتنفي المادة ٥٠ للاقباط الكاثوليك بأنه إذا كانت من ترجع إليها الحضانة متزوجة فلا يهد إليها بها إلا إذا كان زوجها من أقارب الدرجة الرابعة فأقل لهؤلاء الاولاد .

في جو لا يجد فيه العطف ويشعر بالهانة والقسوة ، ولهذا فإنها تسقط الحضانة عن
الحاضنة إذا كانت مرتبطة برجل آخر ^(١) .

الا يكون مطلقاً بسبب وراجع اليه: وقد نصت قواعد كثير من الطوائف
المسيحية على هذا الشرط ، ويقصد به : والد أو والدة الصغير فقط . وتنص المادة
٦٧ (مجموعة ١٩٥٥) أقباط على أن « حضانة الأولاد تكون للزوج الذي
صدر حكم الطلاق لمصلحته ، ما لم يأمر (المجلس) بحضانة الأولاد أو بعضهم
للزوج الآخر ، أو لمن له حق الحضانة بعده » ^(٢) . فالمبرة في هذا الشرط
إذن هو ألا يكون من يراد إعطاء الحضانة له مسئولاً عن التخليق ، فإذا ثبت

(١) تنص المادة ٢٣ انجيليين على أن « الام أختي بحضانة الولد وتربيته إذا كانت غير
مرتبطة برجل آخر ... » .

(٢) وهذا ما جاءت به الخلاصة القانونية (مسألة ٢٩) وهو نفس ما جاءت به المواد
١٠٣ وما بعدها من مجموعة السريين . وهي تنص بأن « لبري من الزوجين شرعاً أن يحتفظ
بالأولاد ذكوراً أو إناثاً » حتى لا يتموا في هوة بسبب تركهم في يد المجرم . وهذه من
المبادئ الأساسية التي يجب أن يحافظ عليها الرؤساء . أما المادة ١٠٧ فهي غائبة تنص
بأنه « عند حصول طلاق ، وعند انقضاء السن المحددة في المادة ١٠٩ (وهي السن التي
تنتهي فيها الحضانة) يعهد بالسلطة الأبوية إلى الزوج الذي حصل على حكم الطلاق » إلا إذا
رأت المحكمة من الأنتمج للأولاد أن تأمر .. أن يعهد بهم جياً أو بعضهم إلى الزوج الآخر
أو إلى أحد الأترياء أو إلى شخص أجنبي » . وواضح أن النص يرض لعالة السلطة الأبوية
لا الحضانة - ويجعلها لمن صدر الطلاق لمصلحه » ولكن يبدو مما جاءت به المادة ١٠٩ أن
الحضانة تكون للأُم « متى توافرت فيها الشروط الأخرى » بصرف النظر عما إذا كان
الطلاق لمصلحة أم لا . وإذا كانت المادة ٢٦ روم تنص مع الطوائف الأخرى في هذا الصدد
بجمل الحضانة لغير المسئول عن الطلاق إلا أنها أوردت تفصيلاً آخر في حالة الطلاق بسبب
الزومين ، إذ جعلت للأُم حضانة البنت والابن الأت من ثمان سنوات وللاب حضانة الابن
الازيد عن ثمان سنوات . مع إعطاء المحكمة الحق في القضاء بغير ذلك رعاية لمصلحة
الأولاد .

عدم مسؤوليته استحق الحضانة متى توافرت الشروط الأخرى^(١). ومع ذلك يحتفظ كل من الأبوين بحقه في ملاحظة الأولاد وتربيتهم، أيا كان الشخص الذي عهد إليه بمصائبهم.

هذه هي شروط الحضانة. وإذا ما توافرت في شخص ثبت له الحضانة وإلا انتقلت إلى التالي في المرتبة على الترتيب السابق.

١٩١ - أجر الحضانة : إذا كانت الحضانة للام فإنها لا تستحق أجرا على حضانتها حال قيام الزوجية. أما إذا لم تكن الحياة الزوجية قائمة فإنها تستحق الأجر على الحضانة متى ثبتت لها. فهي تستحق الأجر إن كانت مطلقة^(٢)، وقيس القضاء على ذلك حالة المتوفى عنها زوجها^(٣). هذا إذا كانت الحاضنة

(١) وهو نفس الحكم بالنسبة لعائلة المسؤولية عن الانفصال الجسدي. وقد حكم بأنه «متى ثبت أن الزوجية (الام) لم يثبت عليها الزنا وأن المحكمة الكنسية التي أصدرت حكم الانفصال بسبب الزنا عادت وأصدرت شهادة رسمية في تاريخ لاحق لصدر حكم الانفصال بأن هذا الحكم أصبح لاغيا، ومن ثم فلا يمكن التحويل على ما جاء بحكم الانفصال من أن المستأنف عليها زانية .. وحيث أن الطفلين في سن يجعلها في ميسر الحاجة إلى خدمة النساء، ومن ثم ترى المحكمة إبقاءهما في حضنة أمهما، وبالتالي يتمين على المحكمة رفض الاستئناف ...» (الجزيرة الابتدائية في ١٢-٢-١٩٥٧ رقم ٨٦ س ١٩٥٦ - غير منشور). وانظر كذلك المادة ١٢١ من الإرادة الرسولية لقطاوتف الكاثوليكية والسابق الإشارة إليها (ص ٧٨٦ هامش ٣) حيث تستلزم أن يكون لبريء من الزوجين تربية الأولاد، ما لم يقرر الرئيس الديني غير ذلك لصالح الأولاد مع ضمان تعليمهم تحلييا كاثوليكيًا في جميع الحالات.

(٢) المادة ١٣٠ مجموعة ١٩٥٥ أقطاط.

(٣) انظر الجزيرة الابتدائية في ٢٧ مايو ١٩٥٨ رقم ٩٠ و ٩١ لسنة ١٩٥٨ - غير منشور). وقد اعتبرت المحكمة المتوفى عنها زوجها كالمطلقة في استحقاق أجر الحضانة، لانحداد المدة في العائنين وهي عدم قيام الزوجية. ومن ثم تستحق الأم أجر الحضانة لأولادها الصغار النفرأ على من تجب عليه تفقهم شرعا.

هي الأم ، فإذا كانت الحضانة لغيرها استعقت الحاضنة الأجر على حضانتها .
وفي الحالات التي يستحق فيها أجر الحضانة يراعى أنها غير النفقة ، وهو
يدفع أولا من مال الصغير إذا كان له مال . فان لم يكن له مال يلزم به والد
الصغير أو بصفة عامة من تلزمه نفقته شرعا .

ولا يقف الأمر لدى أجر الحضانة ، ولكن يحتاج المحضون في هذه الفترة
إلى خادم أو مريض . وفي هذه الحالة يلزم الأب بذلك إن كان موسرا ^(١) .
لكن هل يلزم كذلك بأجرة المسكن ؟ قرر القضاء في هذا الصدد أنه لا يجب
للحاضنة أجرة مسكن متى كان لها مسكن يمكن أن تحتضن فيه الصغير ، لسكنه
تبعا لها . أما المسألة التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية وأعطى فيها للحاضنة
حق طلب أجرة المسكن هي حالة استثنائه ، وهي أن تكون الحاضنة لا مسكن
لها يمكنها أن تحتضن فيه الصغير ^(٢) .

هذا ويراعى القواعد السابقة لا تختلف في جوهرها عما جاءت به الشريعة
الإسلامية ، وإن كانت القواعد الأخيرة أكثر تفصيلا ، ولذلك يمكن
الرجوع إليها ^(٣) .

١٩٢ - مكان الحضانة : متى كانت الزوجية قائمة ، كان مكان الحضانة هو
مكان الزوجية . فإذا لم تكن الزوجية قائمة فإن إقامة الصغير تكون مع أمه

(١) م ١٣٠ مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس .

(٢) النيا الكلية في ٩-١٢-٥٦ رقم ٣٢٨ س ١٩٥٦ (الرجع لصالح حتى جز ٢

رقم ١٤٦ ص ١٥١) .

(٣) انظر : أبو زهرة ، السابق ص ٤٠٢ رقم ٣٤٢ .

مى كانت لها الحضانة . وفي هذه الحالة « يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه
بإرضائها ما دامت حضانتها ^(١) » كما أنه « ليس للأم المحكوم بطلاقها أن تسافر
بالولد الحاضنة له من محل حضنته ، من غير إذن أبيه ، إلا إذا كان انتقالها
إلى محل إقامة أهلها ، وبشرط ألا يكون خارج البلاد ^(٢) .

وإذا كانت الحضانة لنغير الأم ، فلا يسوغ للحاضنة في أى حال أن تنقل
الولد من حضنته إلا بإذن أبيه أو وليه ^(٣) . كما أن بعض الطوائف تستلزم رضا
الأم في مثل هذه الحالة أيضا ، وتقضى بأنه « لا يجوز للأب أو أى شخص آخر
كلف بحضانة الولد أن يغير محل حضنته بنغير رضا أمه في حالة ما إذا كانت
غير حاضنة ^(٤) .

أما تعيين مكانة الحضانة ، فالأصل أنه يكون في المكان الذى تقيم فيه
الحاضنة أيا كانت . لكن إذا ثار الخلاف حول محل إقامة الولد كان للحكمة
أن تعينه ^(٥) .

وفي جميع الحالات يحتفظ الأب والأم بجهتهما في مراقبة أولادهما وحفظهم
وتربيتهم ، أيا كان الشخص الذى عهد إليه بحضانتهم ^(٦) ، كما يبقى لكل منهما

(١) م ١٣١ أقباط أرثوذكس مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) م ١٣٢ أقباط أرثوذكس مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١١٣ أرمن أرثوذكس .

(٣) م ١٣٣ أقباط مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١١٤ أرمن .

(٤) م ١١٥ أرمن .

(٥) م ١١٦ أرمن .

(٦) انظر م ٦٧ أقباط أرثوذكس (١٩٥٥) والمادة ١١٧ أرمن .

كذلك الحق في الاتصال شخصيا بأولادها. والمحكمة أن ترسم الخطة لتنفيذ هذا الأمر إذا حصل خلاف بشأنه^(١).

ويراعى أن كل الاجراءات الخاصة بالحضانة إنما هي إجراءات وقائية وقابلة للتعديل الذي قد تتطلبه مصلحة الأولاد^(٢).

١٩٣ - انتهاء الحضانة : تنتهى الحضانة ببلوغ الولد السن التي يستغنى فيها عن حاجته إلى خدمة النساء ، متى استطاع أن يقوم وحده بمحاجاته الأولية ، إذ يكون عندئذ قد جاوز مرحلة أولى من حياته وأصبح في حاجة إلى التأديب والتربية بعد ذلك . وقد وضع القانون ٣٥ لسنة ١٩٢٩ حدا أقصى للسن التي تنتهى فيها الحضانة فنص في المادة ٣٠ على أن « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة » . إذا تبين أن مصلحةها تقتضى ذلك » . ويتضح من هذا النص أن الأصل هو انتهاء الحضانة عند السابعة للصغير وعند التاسعة للصغيرة . ولكن القانون ترك للقاضي سلطة مد هذا السن سنتين أخريين ، متى رأى أن مصلحة الصغير أو الصغيرة تقتضى إبقاها لدى من له الحضانة .

وتقترب الحلول التي جاءت بها الطوائف المسيحية مما أورده القانون في هذا

(١) م ٢٦ روم أرتودوكس .

(٢) مادة ١١٨ أرمين . وقد حكم بأن معظم حالات الحضانة تحوز أحكامها حجية موقوفة بالظروف التي صدرت فيها ، بحيث أنه إذا ما تغيرت فلا يوجد ما يمنع القاضي من إعادة النظر في النزاع تحت الظروف المتجددة (انظر الاسكندرية الجزئية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٦ رقم ٨٦ - ١٩٥٦ - غير منشور) . وقد جاء بهذا الحكم أن عدم أمانة الحاضنة إذا ما طرأ سببه بعد حكم الحضانة يستوجب إعادة بحث حق الحاضنة في حضانتها » . وانظر كذلك المحكمة نفسها في ١٠ مارس ١٩٥٨ رقم ١١٩ س ١٩٥٧ - غير منشور .

الصدد^(١). وتحدد المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس السن التي تنتهي عندها الحضانة بتسع سنين للصبي وإحدى عشرة سنة للفتاة ، يسلم أى منها بعدها إلى أبيه أو إلى من له الولاية على النفس عند عدم وجود الأب . وإذا لم يكن لاهذا ولا ذاك ترك الصغير لدى حاضته إلى أن يقرر القضاء من هو أولى بضمه^(٢). هذا هو الحكم لدى الأقباط الارثوذكس ، ولكن الطوائف الأخرى لا تضع حلولاً مماثلة . فن الطوائف ما يجعل الحضانة حتى سن السابعة سواء للذكر والأنثى^(٣) ، ومنها ما يضع حلولاً أخرى^(٤).

هذا بالنسبة لانتهاء الحضانة والسن التي تنتهي عندها . ومع ذلك ، فإنه يبدو من بعض أحكام المحاكم بالنسبة للمسلمين ، أنها لم تقيد بالسن التي نص عليها القانون ٢٥ سالف الذكر ، ولكنها نظرت إلى العلة الحقيقية وربطت الأمر باستثناء الصغير عن خدمة النساء أو عدها^(٥).

(١) بل إن ما أورده المادة ١٠٩ من أرثوذكس هو نفس الحكم الذي جاء به القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٢) م ١٣٤ من مجموعة ١٩٥٥ . ويختلف هذا الحكم عما جاءت به مجموعة ١٩٣٨ لدى هذه الطائفة إذ تقضى بانقضاء مدة الحضانة ببلوغ سبع سنين للصبي وتسع سنين للصبية .

(٣) وم الانجيليون (م ٢٢) والأقباط الكاثوليك (م ٤٩) .

(٤) وهؤلاء هم السريان والروم . ذلك أن السريان - على ما يبدو - لا يفرقون بين من له الحضانة والولاية على نفس الصغير ولا يتكلمون من سن تقضى عندها الحضانة بل يجعلونها لغيره كما قدسنا . أما الروم فاتهم إذا كانوا يجعلون الحضانة لزوج غير المسئول عن الطلاق ، فاتهم في حالة الطلاق بسبب الزوجين يجعلون للأُم حضانة البنت والابن الذي يبلغ من العمر أقل من ٨ سنوات ، وللاب حضانة الابن الذي يبلغ من العمر أكثر من ٨ سنوات ، مع إعطاء المحكمة السلطة في مخالفة ذلك إذا دعت مصلحة الأولاد (انظر المادة ٢٦) .

(٥) وقد قضى في هذا الشأن « أنه وإن كان الأصل في تحديد أقصى سن الحضانة هو افتراض أن الصغير يده قد استغنى عن خدمة النساء ، إلا أن الفقهاء قد رأوا في بعض الحالات مراعاة العلة الحقيقية دون رطلها بالسن . وقد قيل «إن الصغير إذا مرض وكان عند والده =

§ ٣ - الولاية على النفس - ضم الصغير

١٩٤ - التعريف بها : عرفت الخلاصة القانونية الولاية بأنها « تكفل حر رشيد عاقل بأمر القاصر من جهة ذاته وتربيته وماله تكفلا يفيد الصفعة الدائمة وصلاح التربية ونجاح الحقوق الملكية إلى أن يبلغ الوقت المحدد »^(١) .
والتعريف كما هو واضح ينصرف إلى الولاية على النفس والولاية على المال أيضا ، ولا يعنيها في هذا الصدد الكلام عن الولاية على المال^(٢) .

وتتعلق الولاية على النفس بنقل الصغير من يد من له حضائنه إلى من تثبت له الولاية ليقوم برعايته وتربيته حتى يبلغ رشده . ذلك أنه متى انتهت سن الحضانه ، أصبح الصغير في حاجة إلى التأديب والتربية والصيانة . ولهذا ينتقل إلى من له الولاية عليه ، لانه أقدر - في الأصل - على القيام بهذه المهمة من الحاضنة^(٣) . وهي في الواقع مهمة خطيرة تتعلق بالعناية بالأولاد بعد فترة التمييز

فوالدته أحق بتربيته . كما قرر الفقهاء أن الصغير إذا كبر محتوها استمر عند والدته لحاجته إلى خدمتها بصفة دائمة . والته نوع من المرض لا يستغنى عنه المريض عن خدمة النساء . ونفس القضاء حالة المشلول على حالة المتوهم . بل إن حاجة المشلول إلى خدمة أمه أظهر .
(الاسكندرية الابتدائية في ١٠-١٩٥٨ رقم ١٨٧ س ١٩٥٦ - المرجع لصالح حنفى جزء ٢ رقم ١٥٦ س ١٥٥ . وانظر كذلك محكمة الجرمك الجزئية في ٩ مارس ١٩٥٩ - في المرجع نفسه رقم ١٥٩ س ١٥٨) .

(١) المسألة ٢٨ من الخلاصة . وهو نفس نص المادة ١٤٦ من مجموعة السريان الأرثوذكس .

(٢) فقد وجدت القواعد الخاصة بهسا ، وأصبحت تسرى على الجميع من مسلمين وغير مسلمين كما قدمنا في الكتاب الأول من هذا المؤلف .

(٣) ومهمة الولي - كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية - تنحصر في (١) « تنميت تربية الطفل التي ابتدأت بالحضانه » . (٢) « الحفاظ والصون بعد البلوغ ، وتولى عقد الزواج لمن كان قاصرا » . (أبو زهرة ، السابق ص ٤٥٩) .

حتى البلوغ . هذه العناية تتصرف - كما جاء في الخلاصة القانونية إلى نواح ثلاثة يهنا الإشارة إلى اثنين منها ، إذ الثالثة تتعلق بالولاية على المال . الأولى : من جهة ضرورياته الزمنية ، فيلزم الولي أن يفي للقاصر بالغذاء واللباس والسكن وتعليم الصناعة اللائقة ، والزيجة إذا وجبت ^(١) ، وبالجملة لا يعوزه شيئا من ضروريات الحياة . والثانية : من جهة ضرورياته الدينية والأدبية ، يلزم الولي أن يجتهد في تعليم القاصر قواعد الدين المسيحي (الأرثوذكسي) ، وبهذه الآداب ، ويزينه بحسن الأخلاق والمعارف الضرورية ^(٢) .

ولما كان الدور الذي يقوم به الولي على درجة من الأهمية والحظوة بالنسبة لمن هو ولي عليه ، فقد عنت الشرائع المختلفة باختياره ، فلا يصلح أى شخص لى يكون وليا على النفس ، وإنما ينبغي أن تتوفر فيه شروط معينة حتى يمكن تحقيق الأهداف المقصودة من الولاية . كما عنت الشرائع من ناحية أخرى - بقدر المستطاع - أن يكون من ذوى القربى للصغير ، حتى يتوافر لديه العطف والحنان والرغبة فى التوجيه وحسن التربية ، بنفس راضية ، وإخلاص منبثق عن عاطفة صادقة .

١٩٥ - من نثبت لهم الولاية : إذا كانت الولاية فى الشريعة الإسلامية

(١) انظر فى سبق رقم ٩٩ ص ٤٥٨ وما بعدها من هذا الكتاب ، بالنسبة لموافقة الاولياء على الزواج .

(٢) وهذا هو نفس ما تقتضى به المادة ١٥١ سريان أرثوذكسى .

تثبت للمصبات^(١)، فإن القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية لم تتبع هذه القاعدة دائماً. فقد نصت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس^(٢) على أن الولاية على نفس القاصر شرعاً هي للأب ثم لمن يوليه الأب بنفسه قبل موته. فإذا لم يول الأب أحداً فالولاية بعده للجد الصحيح، ثم للأُم مادامت لم تتزوج ثم للجد لأم، ثم للأرشد من الإخوة الأشقاء ثم لأب ثم لأم، ثم من الأعمام، ثم من الأخوال ثم من أبناء الأعمام ثم من أبناء العمات ثم من أبناء الخالات. فإذا لم يوجد ولي ممن تقدم ذكرهم كان للمحكمة أن تعين ولياً من باقي الأقارب أو من غيرهم.

هذا هو الترتيب الوارد في المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس، وهو هو يقرب مما جاءت به الخلاصة القانونية^(٣)، كما يقرب مما جاءت به مجموعة السريان الأرثوذكس. مع مراعاة أن هذه المجموعة تجعل الأم في مرتبة متأخرة^(٤). أما بالنسبة للأُم فإنها تضع الأم في مرتبة تالية للأب، ولا تسقط عنها الولاية لجرد الزواج ثانية. فإذا لم يوجد أحد الوالدين أو من يعينه من مات منها

(١) تجعل العريضة الإسلامية الولاية على النفس للمصبات من المحارم، كالآب والجد والاع والمم، وهي تكون لهم بترتيب قرابتهم الصغير، الأقرب فالأقرب، وسواء كان الصغير ذكراً أم أنثى. فإذا كان العاصب غير محرم كإبن المم ضم إليه الصغير إن كان ذكراً، ولا تفرق إليه إن كانت أنثى، بل يختار لها القاضى أميناً يضمها عنده أو يقيمها لدى العاضنة. (انظر: أبو زهرة، السابق ٤٥٩ وما بعدها. محمد يوسف موسى، السابق، ٤١٨ وما بعدها).

(٢) انظر المادة ١٥٥ مجموعة ١٩٥٥ ويقابلها المادة ١٦٠ مجموعة ١٩٣٨.

(٣) أنظر المسألة ٣٩.

(٤) أنظر المادة ١٤٨ مصرية، وهي تجعل الولاية للأب ثم لمن يوليه نفسه قبل موته وتنس المادة ١٤٩ على أنه إذا لم يول الأب أحداً فالولاية بعده للجد الصحيح، ثم للأخ الأرشد ثم لهم وابن المم، ثم للأُم بحيث يستوفى منها بالأ تترج مادامت الولاية لها. وإذا لم يوجد أحد ممن ذكروا يول الرئيس من الأقارب الباقين إن وجدوا، وإلا فمن غيرهم.

أخيراً ، انتقلت الولاية إلى الأقارب حسب الترتيب المنصوص عليه ^(١) . ولكن ينبغي أن يراعى أن ثبوت الولاية للأُم أو للأب في حالة الطلاق أو عند انقضاء من الحضنة ، لا يكون بالترتيب السابق ، وإنما يكون للزوج القس حصل على حكم الطلاق ، إلا إذا رأت المحكمة من الأنفع للأولاد أن تأمر - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب العائلة أو الرئيس الديني - أن يسهدهم جميعاً أو بعضهم إلى الزوج الآخر ، أو إلى أحد الأقرباء أو إلى شخص أجنبي ^(٢) .

أما بالنسبة للروم الأرثوذكس فانهم لم يوردوا تنظيماً بالنسبة لمن لهم الولاية على النفس ، والظاهر أنهم يربطونها بالحضنة ويحملونها لمن صدر الطلاق لصالحه . وفي حالة الطلاق بسبب الزوجين يكون للأب أخذ الابن الذي يزيد عن ثماني سنوات ، وتبقى البنت للأُم . مع إعطاء المحكمة الحق في القضاء بما يخالف ذلك ، وأن تقضي بحملها للغير متى دعت مصلحة الأولاد ^(٣) . وطالما أن الأمر للمحكمة قضي فيه بحسب صالح الأولاد فإن من الممكن أن تستدير في هذا الصدد بما جاءت به الطوائف الأخرى .

(١) وتتم مجموعة الأرمن على أن للأب مباشرة السلطة الأبوية على ولده إلى أن يبلغ سن الرشد . وإذا أساء الوالد استعمال سلطته فلزم أن تلجأ إلى المحكمة بما لها من حق الرقابة فإذا استعمل على الأب من الناحية القانونية أو الفعلية مباشرة السلطة الأبوية ، انتهكت هذه السلطة إلى الأُم بقوة القانون . وعند وفاة الأب تتكون السلطة للأُم حتى ولو لم تكن وصية والام التي تتزوج مرة ثانية لا تسقط عنها السلطة الأبوية بهذا السبب وحده . وإذا توفي الأب أو الأم تتكون السلطة الأبوية لمن يمينه من مات منها أخيراً ، أولاد ذق الأقرباء إلى الولد بالترتيب الآتي : الجد الصحيح . الجد للأُم . الأخ . العم . الخال ، وأولاد من ذكروا بنفس الترتيب وعند عدم وجود أحد من هؤلاء تتكون للشخص القس تيمنه المحكمة (المواد من ١٠٣ إلى ١٠٦ من المجموعة السابقة) .

(٢) م ١٠٧ من مجموعة الأرمن الارثوذكس .

(٣) أنظر المادة ٣٦ روم أرثوذكس .

هذا هو الحكم بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية^(١).

١٩٦ - شروط الولاية على النفس : استلزمت القواعد الطائفية أن تتوافر في الولي على النفس شروط معينة ، سواء من حيث الديانة أم من حيث البلوغ والعقل ، أم من حيث الخلق ، والأمانة والقدرة على القيام بواجبات الولاية .

(١) **القدية** : يلزم في الولي أن يكون مسيحياً . وهذا ما تجمع عليه الطوائف المسيحية المختلفة . بل إن منها ما يذهب إلى أبعد من ذلك ويستلزم أن يكون من له الولاية من نفس مذهب الصغير كالأقباط الأرثوذكس والأقباط الكاثوليك ولهذا الشرط أثره من حيث تأثير الصغير في هذه المرحلة من حياته بكل ما يحيط به .

(٢) **البلوغ والعقل** : يلزم أن يكون من له الولاية بالغاً عاقلًا غير محجور عليه . ولا يقصد بالبلوغ هنا بلوغ سن الرشد حيث تكتمل أهلية التصرفات المالية ، وإنما يكفي البلوغ طبقاً لما تقضى به القواعد الطائفية المختلفة على نحو ما بينا من قبل بابتهاؤ الولاية على النفس^(٢) . ومرد هذا الشرط هو أن كلا من هؤلاء يحتاج إلى الرعاية ، فلا يعقل أن يرعى شئون غيره .

(١) وتقضى المادة ٢٥ بالنسبة للانجليكان بأنه « متى انتهت مدة الحضانة يسلم الصبي أو الصبية لآبيه المسيحي ، وإلا فلجده المسيحي » ، وإلا فللقرب من أقرباء آبيه المسيحيين ، وإلا فللقرباء الآم المسيحيين » . ومع ذلك فقد وضعت المادة ٣١ والمادة ٣٤ في شأن الولاية تنظيماً آخر . وطبقاً لما جاء في هاتين المادتين تكون الولاية للأب . فإذا مات أو حكم بوجوب حقوق ولايته تمين السلطة المختصة من يقوم بالولاية . وتقدم الآم الغير متزوجة بزواج آخر إن كانت مقتدرة وحسنة التصرف ، وإلا فالجد ، وإلا فللقرب من الأقارب وأصهار . ونس المادة ٥٢ بالنسبة للأقباط الكاثوليك يشبه قواعد الانجليكان . فالولاية للأب الكاثوليكي ، وإلا يبق الصغير عند أمه إن كانت الحاضرة لها . وإلا فلجده الصحيح وإلا فللقرباء آيه ، ثم أقارب أمه ، ثم من تمينه المحكمة بعد ذلك . وأنظر المادة ١٢١ من الإرادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك بصفة عامة ، وهي تمرض كما بينا من قبل ، لحفظ وتربية الأولاد .

(٢) أنظر فيما سبق ص ٤٥٨ - ٤٥٩ من هذا الكتاب .

(٣) **حسن الخلق**: يلزم أن يكون لمن تثبت له الولاية من حسن الخلق ما يجعله قادراً على تربية الصغير وضمان حياته . وقد عبرت القواعد الطائفية عن ذلك بعبارات مختلفة . فهي تعطى للسلطة المختصة أن تحرم من له الولاية من حقه فيها متى كان « فاسد الآداب » أو إذا كان يخشى على الصغير « المضرة المادية والأدبية » من بقاءه معه . وتنص مجموعات الأقباط في هذا الصدد على أنه ينبغي ألا يكون الولي محكوماً عليه في جريمة ماسة بالشرف أو الزهامة ^(١).

وحسن الخلق يقتضى أن يكون الولي أميناً على نفس الصغير بالمعنى الواسع لهذا اللفظ ، فلا يكون مفسداً له ، كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية ، لأن هذه الولاية للإصلاح والحفظ ، فلا يتولاها من اشتهر بالفساد وغلب على أحواله عدم الصلاح ، بحيث ينال الصغير ضرر من بقاءه تحت ولايته ، أيا كان هذا الضرر . فليس هذا من مصلحة الصغير . والقاضى هو الذى يقدر ذلك ، مع مراعاة أن أمانة الوالد على ولده مفترضة حتى يقوم الدليل على عكسها ^(٢).

(٤) **القدرة على القيام بواجبات الولاية** : يجب أن يكون من تثبت له الولاية قادراً على القيام بواجباتها نحو الصغير . ولهذا لا تثبت الولاية لمن كان غير قادر على العمل بسبب الشيخوخة أو المرض أو العاهة ، بحيث لا يمكنه القيام بأداء

(١) أنظر على التوالى المادة ١٠٨ أرومن و ٣٣ انجيليين و ٥٣ أقباط كاثوليك و ١٠٦ (سنة ١٩٥٥) أقباط أرثوذكس .

(٢) أنظر في هذا : محمد أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٦١ . وكذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ١٢-٥-١٩٥٦ رقم ٥٨٩ ص ١٩٥٧ ، والاسكندرية الابتدائية في ١٣/١٢/١٩٥٧ رقم ٢٥٣ ص ١٩٥٧ والمسكران في المرجع جزء ٢ لصالح حتى رقم ١٤٥ و ١٥٠ ص ١٥٠ و ١٥٢ على التوالى . وتشترط المادة ١٥٠ صرياً على الرئيس أن لا يولى أحداً ... إلا الراشد الأيمن المسمى ..

واجباته . وتضيف الخلاصة القانونية إلى هذا أنه يلزم « أن لا يكون موظفا بالجندية ولا من أعوان الحكم »^(١) وترى هذه العبارة إلى أن مثل هذه الأعمال تشغله عن القيام بأداء واجباته التي تفرضها الولاية على الصغير .

وبالإضافة إلى الشروط السابقة يمكن أن يضاف شرط آخر خاص بالأم في الحالة التي ثبت لها فيها الولاية على الصغير لدى الطوائف المسيحية ، وهو أنه يلزم ألا تكون متزوجة من غير أبيه أثناء مدة ولايتها ، لأن زوج الأم عادة ينفذ أولاد زوجته وليس من مصلحة الصغير بقاؤه لدى من ينفذه^(٢) .

١٩٧ - سلب الولاية : لا شك أنه يلزم توافر الشروط السابقة ابتداء وبقاء . ومعنى هذا أنه إذا لم تتوافر شروط الولاية منذ البداية كانت للتالي في المرتبة . ومن ناحية أخرى إذا توافرت في بدء قيام الولاية ثم تخلفت أو تخلف أحدها بعد ذلك سلبت منه الولاية ، وهي تسلب منه بناء على طلب ذوى المصلحة . وقد بينت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس أن الولاية تسلب بناء على طلب كل ذى شأن في الأحوال الآتية :

(١) المسألة ٣٩ خلاصة وأنظر أيضاً المادة ١٥٠ سريان أرثوذكس ، وهي تقابل ما جاء في الخلاصة ، وتبين كذلك أنه يشترط ألا يكون موظفاً بالجندية وما أشبهها ، لأنه بذلك يكون مشغولاً دائماً عن القيام بما يرق مصلحة القاصر .

(٢) هذا هو الأصل (أنظر م ١٥٥ لسنة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس م ١٤٩ سريان) ومع ذلك فإن بعض الطوائف (الأرمن الأرثوذكس مادة ١٥٥) تقرر أن « الأم التي تتزوج مرة ثانية لا تسقط عنها السلطة الأبوية بهذا السبب وحده » . ولهذا ترى أن يترك تقدير بقاء الصغير لدى أمه في مثل هذه الحالة للظروف ، ويقدرها قاضى الموضوع ، إذ قد يرى أن مصلحة في البقاء مع أمه ، حتى ولو كانت متزوجة من غير أبيه . فقد يكون الفرر المتوقع بالصغير من وجوده مع أمه أخف وأقل بكثير من الفرر الذى يصيبه من وجوده في بيت شخص آخر تثبت له الولاية عليه بعد الأم .

(١) إذا أساء الولي معاملة القاصر إساءة تعرضت صحته للخطر أو أهمل تعليمه وتربيته . (٢) إذا كان مبذرا متلفا مال القاصر غير أمين على حفظه - وهذه الحالة تتعلق بما إذا كان لولي النفس الولاية على المال أيضا . (٣) إذا حجر على الولي أو حكم عليه في جريمة ماسة بالشرف أو النزاهة أو اعتنق دينا غير المسيحي أو مذهبا غير المذهب الأرثوذكسي . (٤) إذا أصبح غير قادر على القيام بعمله لشيخوخة أو مرض أو عاهة . وفي الحالتين الأخيرتين يجوز أن تعاد الولاية إلى من سلبت منه ، متى زال السبب الموجب لسلبها ^(١) .

وإذا كانت الطوائف قد وضعت للولاية شروطا معينة ، وبينت الحالات التي تسلب فيها ، فإن المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ قد وضع حالات تسلب فيها الولاية على النفس ^(٢) ، وهي تعتبر حالات عامة تسرى على الجميع من مسلمين وغير مسلمين . ولكنها لا تكون كذلك إلا بالنسبة لما أُوردت بخصوصه . وفيما عدا ذلك تطبق القواعد الطائفية . إذ وردت في المادة الأولى من المرسوم بقانون سالف الذكر أنه « فيما عدا الأحوال الأخرى التي ينص عليها قانون الأحوال الشخصية لسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها تتبع الأحكام الآتية ... » . وقد بين نوعين من الحالات تسلب فيها الولاية : في النوع الأول يكون الأمر وجوبيا وفي النوع الثاني يكون جوازيا .

(١) أنظر المواد ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٨ من مجموعة ١٩٣٨ .

ولا يخرج ما جاءت به بعض الطوائف الأخرى من ذلك . فتس المادة ٣٣ للانجيليين على أنه « يجوز للسلطة المختصة أن تحرم من حقوق الولاية المذكورة الأب ، إذا كان فاسدا الاداب ، أو إذا اعتنق ديانة أخرى » وأنظر كذلك المادة ٥٣ للانباط الكاثوليك .
(٢) الوقائع ١١٨ في ٤ أغسطس ١٩٥٢ . هذا وقد ينص المادة ١٢ من هذا المرسوم أن المقصود بانولى في تطبيق أحكامه الأب والجد والأم والوصى ، وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص .

١- الحالات التي يجب فيها سلب الولاية : تسلب الولاية ، ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق بالنسبة للأشخاص الآتي ذكرهم ^(١) .

(١) من حكم عليه لجرمة الاغتصاب أو هتك العرض أو لجرمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة ، إذا وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية .

(٢) من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .

(٣) من حكم عليه أكثر من مرة لجرمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير ، سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية الولي من الصغار الآخرين ، فيما عدا ما أشير إليه في الحالة الثانية إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته ، وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضا .

ب- الحالات التي يجوز فيها سلب الولاية أو وقف كل حقوقها أو بعضها : نص المرسوم بقانون رقم ١٨ سالف الذكر في المادة الثالثة منه على أنه يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية الأحوال الآتية :

(١) إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ^(٢) .

(١) المادة ٣ المرسوم بقانون سالف الذكر .

(٢) والأمر في هذه الحالة عام أيما كان سبب الحكم على الولي ، سواء كان لجرمة تختل بالشرف أو الأخلاق ، أو لغيرها من الجرائم السياسية . ولما كان الأمر جوازيا في هذه الحالة فإن المحكمة التي يعرض عليها طلب سلب الولاية أن تراعى ما إذا كان السبب مختلا بالشرف والأخلاق أم لا (قارن مع ذلك محمد يوسف موسى ، السابق ٤٣٠) .

(٢) إذا حكم على الولي لجريعه اغتصاب أو هتك عرض ، أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

(٣) إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية .

(٤) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح ، وفقا لمادة ٦٧ من قانون العقوبات ، أو طبقا لنصوص قانون الأحداث المتشردين .

(٥) إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدرة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه . ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال ^(١) .

هذه هي الحالات التي تسلب فيها الولاية سواء كان ذلك السلب إجباريا أو اختياريا ، إذا ما توافر سبب من الأسباب التي أوردتها القانون على النحو السابق . ولا يهم الوقت الذي توافر فيه السبب ، إذ يقرر القانون أنه يحكم بسلب الولاية ولو كانت الأسباب التي اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها (مادة ٤) .

(١) وفي هذه الحالة وسابقتها ، يميز القانون للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها أن تهدي إلى وزارة الشؤون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير أو تعليمه إذا رأت في ذلك مصلحة له . وللوزارة المذكورة أن تفوض في ذلك أحد المأهدين أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا لم تتحقق الفاعلة من هذا الإشراف لسبب يرجع إلى الولي ، جاز رفع الأمر للمحكمة لتنظر في سلب ولايته أو وقفها . (مادة ٩ من المرسوم بقانون ١١٨) .

وإذا ما قاضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها ، عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه فيها قانوناً . فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك ، جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ؟ ولو لم يكن قريباً له ، متى كان معروفاً بحسن السمعة وصالحاً للقيام على تربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المدة لهذا الغرض ، وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير مباشرة كل أو بعض حقوق الولاية . وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد الأقارب أو إلى شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة مما ذكر على حسب الأحوال (مادة ٥) .

هذا وقد نص القانون على أنه إذا وقعت جريمة على صغير أومنه مما يوجب أو يجيز سلب الولاية ، جاز لسلطة التحقيق أو الحكم أن تعهد بالصغير إلى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه ، أو إلى معهد يخبرى معترف به من وزارة الشؤون الاجتماعية حتى يفصل في الجريمة وفي شأن الولاية (مادة ٧) . كما أجازت المادة الثامنة للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة على الولي في الحالات المنصوص في المادة الثانية - (وهي من حالات وجوب سلب الولاية) - ، وفي البنود الأربعة الأولى من المادة الثالثة - (وهي من حالات جواز سلب الولاية أو الحد منها) - أن تحكم أيضاً بسلب الولاية أو الحد منها . أما ما يترتب على ذلك من تدابير وآثار ، فتحكم فيه المحكمة المختصة بناء على طلب النيابة أو ذي الشأن ، وفقاً لأحكام هذا القانون ولقانون المرافعات . ويرتب القانون على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال ^(١) .

(١) ولا يجوز أن يقام الولي الذي تحكم بسلب ولايته وصياً أو مشرفاً أو فيما ، كما لا يجوز أن يختار وصياً (مادة ١٠) .

استرداد الولاية : وقد أجاز القانون للأولياء الذين سلبت ولايتهم ، وفقاً للبند ٣٠٢ من المادة الثانية (الحالات الإجبارية) ، أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها ، وفقاً للبند ٣٠٢ و ٣٠١ من المادة الثالثة (الحالات الجوازية) ، أن يطلبوا استرداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم . كما يجوز لهم ذلك أيضاً في الأحوال المنصوص عليها في البندين ٤٠٥ و ٤٠٥ من المادة الثالثة ، إذا اقتضت ثلاث سنوات من تاريخ الحكم بسلب الولاية (مادة ١١) .

١٩٨ - انتهاء الولاية : تنتهي الولاية على النفس ببلوغ القاصر ^(١) . ولا يقصد بالبلوغ هنا بلوغ سن الرشد وإكمال الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية ولكن البلوغ هنا يختلف باختلاف الطوائف على نحو ما قدمنا عند كلامنا عن زواج من هم تحت الولاية ^(٢) ، والولاية تنتهي إذا بلغ الشخص عاقلاً ، أما إذا بلغ مجنوناً أو معتوها فإنها تستمر . وإذا ما بلغ الشخص عاقلاً ثم طرأ عليه عارض من العوارض السابقة عادت عليه الولاية ^(٣) .

-
- (١) وهذه القاعدة الخاصة بإنتهاء الولاية على النفس بالبلوغ تسرى على كافة الطوائف مع اختلاف في السن الذي يعتبر سن البلوغ أو التكليف .
(٢) أنظر ما سبق رقم ٩٩ ص ٤٥٨ - ٤٥٩ .
(٣) أنظر المادتين ١٦٠ ، ١٦١ مجموعة ١٩٥٥ أقباط (وتقابلان ١٦٩ ، ١٧٠ من مجموعة ١٩٣٨) .
وانظر بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية : محمد يوسف موسى ، فقرة ٤٥٩ ، ص ٦٠ .
ص ٤٢٠ وما بعدها . أبو زهرة السابق ص ٤٦٠ .

وقد تكلمت المسألة ٤٣ من الخلاصة القانونية عند إنتهاء الولاية (بصفة عامة على النفس والمال) ، وهي تنتهي ببلوغ ٢٥ سنة خلافاً للمجموعات الحديثة لدى طائفة الإقباط الأرثوذكس . وإنتهاء الولاية يصير لكل من الذكر والإناث السلطان الدائم على نفسه (أنظر نص المسألة) وأنظر المادة ١٦٤ وما بعدها من مجموعة السريان الأرثوذكس .

الطلب الثاني

الانفصال الجسدى

La séparation de corps

١٩٩ - التعريف به لدى المذاهب المختلفة - تقسيم المبحث: ينصرف

الانفصال الجسدى إلى الحالة التى يفرق فيها بين الزوجين فى المباشرة - مع بقاء الرابطة الزوجية . ذلك أنه إذا كان يترتب على الزواج التزام كل من الزوجين بمساكنة الآخر والحياة معه ، وكان هذا يستلزم تبعاً لذلك اشتراكهما فى المائدة والفرش ، فإن الانفصال الجسدى يؤدى إلى زوال هذا الالتزام ، وبالتالى يكون لكل منهما ، مع بقاء الآثار الأخرى التى تترتب على الزواج ، باعتبار أن الرابطة الزوجية لا تنفصم ، ولا يكون لأى من الزوجين عقد زواج جديد ^(١) .

هذا هو مفهوم الانفصال الجسدى لدى الشرائع المسيحية التى تأخذ به ، فلا تنحل الرابطة الزوجية بموجبه ، وإنما توقف بعض الآثار المترتبة عليها . وقد سبق أن رأينا أقسام المسيحيين فى فهمهم للقصد بالطلاق ، ورأينا أن الكاثوليك يأخذون بقاعدة عدم انحلال الزواج إلا بالموت . متى كان الزواج قد اكتمل بالدخول . وهذا هو ما ينصرف إليه معنى الطلاق عندهم . فالطلاق الذى أشار إليه الإنجيل ينصرف إلى انفصال الزوجين انفصالاً جسانياً فقط ؛ ولهذا قيل إن الانفصال الجسدى هو طلاق الكاثوليك ^(٢) .

(١) تنص المادة ٣٢ من التواعد التى جمها فيليب جلاى بالنسبة لكاثوليك على أنه : « قد يؤخذ بالهجر ، أى انفصال أحد الزوجين عن الآخر فى حق المضجع أو الإقامة معاً ، إذا وجدت علل مقبولة توجب ذلك مع بقاء وثائق الزواج قائماً ، بحيث لا يحق لاحدهما أن يعقد زواجا بينه وبين زوج آخر قبل موت زوجته » .

(٢) la séparation de corps est le divorce des catholiques (١)

وأنظر فيها سبق مقرة ١٥٠ من هذا الكتاب .

ولا تنفرد الطوائف الكاثوليكية بالأخذ بنظام الانفصال الجسدى ، بل عرفته الطوائف الأخرى ، فى صور تختلف عما جاء بالنسبة للكاثوليك . من ذلك ماورد بالنسبة للأرمن الأرثوذكس ، إذ بنيت قواعدهم إمكان الأخذ به بدلا من الالتجاء إلى الطلاق . فقد نصت المادة ٦٤ من مجموعة الأرمن على أنه « فى الأحوال التى يصح فيها الطلاق ، يجوز للزوجين أن يطلبوا الانفصال ^(١) » . كما نصت المادة ٦٦ من المجموعة نفسها على أن « للزوجين فى أية حالة كانت عليها الدعوى أن يعدلا طلب الطلاق إلى طلب الانفصال » .

وإلى جانب ذلك تعرضت القواعد الخاصة بالأرمن ، كما تعرضت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس لحالة يفرق فيها بين الزوجين تفرقا مؤقتا ، فقد نصت المادة ٥٥ ^(٢) (مجموعة ١٩٥٥) للأقباط على أنه فى حالة طلب الطلاق يعرض الصلح على الطرفين ، فان لم يقبلا ، ينظر فى الترخيص لطالب الطلاق أن يقيم بصفة مؤقتة أثناء رفع الدعوى بم عزل من الزوج الآخر . ولكن المادة ٦٠ من مجموعة الأرمن تعرض لهذه الحالة فى صورة أخرى . فتقضى بأنه « إذا رفع طلب الطلاق ، لآئى سبب ، عدا السبب المنصوص عليه فى المادة ٣٩ ^(٣) ، للمحكمة ألا تحكم مباشرة به ، ولو كان الطلب على حق . وفى هذه الحالة تأمر بانفصال الزوجين ، أو تبقى هذا الإجراء إذا كان قد سبق لها اتخاذه ، وذلك لمدة لا تزيد عن سنة . ويتعين على المحكمة أن تأمر أولا بانفصال الزوجين لمدة

(١) وتنس المادة ٦٥ على أن « ترمى فى رفع هذه الدعوى وفى تحقيتها والعكم فيها إجراءات دعوى الطلاق » بما فى ذلك إجراءات الصلح ، للمادة طبقاً (٥٣) وما بعدها .

(٢) وهى تقابل المادة ٦٠ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) وهو يتعلق بالتطليق الجنون .

سنة في الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٢، فإذا انقضى الأجل الذي حددته المحكمة دون أن يتصالح الزوجان، كان لكل منهما أن يعلن الآخر بالحضور لسماع الحكم بالطلاق». وواضح من هذا النص أن الانفصال بين الزوجين انفصال مؤقت، يقصد منه حل الزوجين على التريث ومحاولة الصلح والتوفيق قبل الإقدام على التطلق بجعله المرحلة النهائية عند اليأس من الإصلاح بين الزوجين. والأصل أن الأمر جوازي، إلا أنه في الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٢، وهي حالة وجود تنافر شديد في الطباع، يتبين على المحكمة أن تأمر به، أملاً في تهدئة النفوس، وعود الحياة إلى سيرها الطبيعي^(١). ويقرب من هذا ما نص عليه بالنسبة للروم الأرثوذكس^(٢).

(١) انظر كذلك استئناف القاهرة في ١٩٥٨/٣/٢٩ رقم ٨ س ٧٥ ق (خفاحي وراجح ١٤٤٤-١٤٥١) وراعي بالنسبة للأرمن أنه إذا كان الانفصال قد تم ضلأ لمدة سنة فلا ضرورة لأن يصدر الحكم بانفصال الزوجين لمدة سنة أخرى « لأن المدة قد حددت لفرد الاختيار ومحاولة التوفيق بين الزوجين. فإذا ثبت انتفاؤها بغير جدوى، فلا محل لأن يقضى بانفصالهما لسنة أخرى،

(٢) فقد جاء في المادة ٤٣٣ وما بعدها من لائحة ترتيب محاكم الكرسي البطريركي بالاسكندرية أن الاقتراق هو إقامة أحد الزوجين ببدأ من الآخر بمقتضى حكم من « المحكمة الكنسية »، وأنه يطلب بجرية أصلية أو طلب فرعي في أثناء دعوى الطلاق أو دعوى نفقة. ويكون الاقتراق بسبب الخلافات الجدية بين الزوجين، والتي قد تنأى عنها نتائج خطيرة والشجاعة بينهما يومياً، واستعانة سكن الزوجين وقتياً في مسكن واحد، والأخطار التي تهدد حياتهما، وكل سبب آخر ترى المحكمة الأخذ به. فتقدير أسباب الاقتراق تترك للمحكمة (٤٣٥ م).

وإذا مارأت المحكمة بعد المناقشات في الدعوى أن هناك ما يدعو لانتقال الإقامة أو الاقتراق قبلت الدعوى وعينت مدة الانفصال. ولا يمكن أن تمتد هذه المدة سنة واحدة. والمكان الذي يقتضى على الزوجة أن تقيم فيه، وقيمة النفقة التي يجب أن يدفعها لها زوجها، والتاريخ الذي سيقوم عنده الأولاد في أثناء الانفصال على نفقة الأب حسب حال الزوجين الخاصة. وإذا رأت المحكمة عدم صحة الدعوى رفضتها وأمرت بسكنى الزوجين معاً (٤٤٠ م).

هذا بالنسبة للأرمن والروم . أما الأقباط والسريان الأرثوذكس ، فقد عرفوا نوعاً من المفارقة يختلف مفهومه - على ما يبدو - عن مفهوم الانفصال الجسماني ، على النحو السابق . فقد تكلمت القواعد الخاصة بهاتين الطائفتين عن « بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش » . وجاء في المسألة ٣٠ من الخلاصة القانونية^(١) أنه « مع وجود بعض الملل الموجبة للقفسخ ، يجوز بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش ، بحيث تكون العلة قهرية لا إرادية^(٢) ، حادثة لأحدهما بعد الاقتران لا قبله ، والقرين الآخر لا يؤثر الفقرة ولا يتطلب الزواج . وفي هذه الحالة يبقى ارتباط الزواج من جهة المعاشرة والخدمة والإعالة وما أشبه . ثانياً ، ولو أن الاختلاط الفراشي امتنع بينهما لعله ، إنما لا يعمل في ذلك إلا باعتبار أمرين . الأول بأن لا تكون هذه المعاشرة موجبة الإيتلاف أو تبيد حقوق القرين ذي العلة بواسطة تمكن القرين الآخر منها . الثاني وأن لا تكون أيضاً موجبة لوقوع القرين السليم من العلة في دنس الزنا بتسر أو غيره كأن يكون شاباً لا يضبط نفسه ، أو غير شاب لكنه لا يقدر على الامساك ، وحينئذ لا يرخص الرئيس بمثل هذه المعاشرة إلا إذا تحقق عدم وجود هذين المحذورين ، ومعنى كانت المعاشرة سليمة من ذلك وما أشبهه يصرح ببقائها » .

ومن هذا يتضح أن بقاء المعاشرة دون اختلاط الفراش المقصود هنا

(١) انظر المادة ١٠٨ من مجموعة السريان ولا يخرج مضمونه عما جاء في الخلاصة القانونية . وقد أشار ابن لقلق وابن الصال إلى المفارقة بين الزوجين ، انظر ابن لقلق ، ملحق ابن الصال ص ٣٤ ، وابن الصال ، السابق ص ٢١٦ .

(٢) وتبين المادة ١٠٨ من مجموعة السريان أن العلة تكون قهرية كما لو حصل للرجل عنة أو أخصى عملية جراحية قهراً أو أصاب المرأة مرض عضال مانع . فان بقاء المعاشرة حينئذ موكول لمن لم يكن مصاباً بمرض من هذه الأمراض لقول بولس المتنبه « فليستك الرجل بإسأته ولتستك المرأة يعلها » اكو ١-١٦ .

ينصرف إلى بقاء ارتباط الزواج من جهة المعاشرة والخدمة والإعالة وما أشبهه ، لكن دون اختلاط الفراش . وهو في هذا يختلف عن مدلول الانفصال الجسماني كما قدمنا . كما أنه يلزم لقيام هذه الحالة أن توجد بعض الأسباب القهرية الموجبة « للفسخ » ، وأن تطرأ بعد الزواج ، وبشرط أن يرغب غير المصاب في الإبقاء ولا يتطلب الزواج من جديد . كما يلزم لقيام هذه الحالة كذلك ألا تكون المعاشرة موجبة لإتلاف أو تبديد حقوق الفريق الآخر ذي العلة بواسطة تمكن الآخر منها . كما يلزم أخيراً ألا تكون موجبة لوقوع القرين السليم في الزنا ، بأن كان لا يقدر على إمساك نفسه . فإذا توافرت هذه الأسباب صرح ببقاء المعاشرة على هذا النحو ، وإلا رفضت .

هذا بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية وهم الأقباط والسريان والأرمن والروم . وسنكتفي بالإشارة إلى الأحكام السابقة الخاصة بها . وقد أخذت قواعد الإنجيليين بهذا النظام ، إذ جاءت النصوص المنظمة في له الباب الثالث تحت عنوان المفارقة بالمواد ١٤ و ١٥ و ١٦ ، ولهذا فإننا نشير إلى ما جاءت به هذه القواعد ، إلى جانب كلامنا عن التنظيم الذي وضعته الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية ، وقد وضعت القواعد الوارد فيها الأحكام المنظمة للافصال الجسماني ، بعد أن نصت على المبدأ العام الذي يقضى بأن « على الزوجين أن يلزما المعيشة الزوجية (*vie conjugale*) المشتركة ، ما لم يعذرهما سبب عادل ^(١) » .

(١) مادة ١١٧ من الإرادة الرسولية . وانظر كذلك المادة ٣٢ من التسواعد التي أوردتها فيليب جلاذ الكاثوليك ، والمادة ٣٦ من القواعد التي وضعها الأقباط الكاثوليك ، وتنص هذه الأخيرة على أن « الزواج الكاثوليكي رباط لا يتفهم إلا بوقاة أحد الزوجين . على أنه مع بقاء الزوجية قائمة يجوز لأسباب خطيرة التفريق بين الزوجين » .

وسنعرض فيما يلي لأحكام الانفصال الجسافى ، فبين أسبابه ، وآثاره ،
واقضاءه .

الفرع الاول

أسباب الانفصال

٢٠٠ - الانفصال بسبب الزنا وغيره من الأسباب الأخرى : لم تورد الارادة
الرسولية أسباب الانفصال الجسافى على سبيل الحصر ، كما بيد من صياغة
التصوص الواردة فى هذا الصدد . فقد تكلمت عن الانفصال الجسافى بسبب
الزنا والانفصال لأسباب أخرى ، دون أن تحصر هذه الأسباب الأخرى ^(١) .

اولا : الانفصال بسبب الزنا : إذا كانت الكنيسة الكاثوليكية لم تسمح
بانحلال الزواج للزنا ، فأنها تجعل منه سببا للانفصال . وقد نصت المادة ١٨ من
الارادة الرسولية على أنه :

« ١ - إذا زنا أحد الزوجين حق للبرىء - مع بقاء وثاق الزواج - أن
يهجر المعيشة المشتركة ، حتى هجراً دائماً ، إلا أن يكون قد وافق على جرم زوجه
أو سببه له ، (أى كان سببا فى حدوثه) ، أو صفع عنه بالتصريح أو
بالدلالة ^(٢) ، أو اقرّف هو نفسه الجرم عنه *la même faute* » .

(١) وتختلف الأسباب لدى الكاثوليك عن الانجيليين ، فلم تورد القواعد الحساسة
بالانجيليين الزنا ضمن أسباب المفارقة ، لأنّها تنبّه سبباً لتطليق ، ولكنها تكلم عن حالة
ما « إذا أصبحت عيشة أحد الزوجين منصفه وصرّة فوق الاحتمال بسبب سوء معاملة الآخر
المتواصلة ، ولم تفلح المصالحة بينها . . » وهذا يدخل ضمن الطائفة الأخرى من الأسباب
غير الزنا لدى الكاثوليك ، كما سترى فى المتن .

(٢) وقد حدد نص الارادة الرسولية المقصود بالصفح دلالة (ضنا) بين فى الفترة =

ولا يخرج المقصود بالزنا في هذه الحالة عن المعنى الذى يعطى له باعتباره سببا للتطبيق لدى الطوائف الأخرى^(١). وإذا ما تم ذلك كان لأى من الزوجين أن يهجر الآخر بصفة دائمة. إلا أنه يلزم، كما هو واضح من الإرادة الرسولية: (١) ألا يكون قد وافق على جرم الآخر. (٢) أو دفعه إليه. (٣) أو ارتكب هو نفسه الزنا. (٤) أو إذا صفح عنه صراحة أو ضمنا.

والزنا من الأسباب الدائمة perpétuelles للانفصال. ويعتبر الانفصال هنا كجزء أو كعقوبة peine على خطأ ارتكبه الزانى من الزوجين. ولهذا أثره من حيث النظر في الآثار التى تترتب على الانفصال كما سترى.

ثانيا : الانفصال للأسباب الأخرى غير الزنا : أقرت الكنيسة الكاثوليكية أسبابا أخرى للانفصال. وقد أوردت المادة ١٢٠ من الإرادة

=الثانية من المادة ١١٨ أنه : « يكون الصنع بالدلالة إذا طاهر الزوج البرىء الزوج الآخر طوعاً أو *de plein gré* ، وبانطاف الزوج إلى زوجه ، أى بمشارسته معاشرة زوجية بعد أن علم بجرم زناه . ويقدر هذا الانطاف إذا مضت ستة أشهر على حادث الزنا » ولم يطرد الزوج الزانى أو لم ينادر ، أو لم يرفع شكوى مشروعة عليه .

وهذا هو ما نصت عليه كذلك المادة ٣٧ و ٣٨ من القواعد التى وضعتها الأقباط الكاثوليك وتقضى المادة ٣٦ من القواعد التى جمها فيليب جلاد في هذا الصدد بأن « زنا أحد الزوجين مسوغ للهجر » ويشترط أن يكون محققاً واختيارياً ، أى غير مكره عليه ، وغير مصفوح عنه لا تصريحاً ولاداة ، كاستيفاء الجماع بعد العلم بالزنى « وأت لا يكون الزوج الآخر مرتكباً الزنى نظيره » فيقابل الذنبان .

(١) وانظر كذلك في تحديد المقصود بالزنا : De Smet ، السابق ص ٢١٧-٢١٨ وقد يين فيليب جلاد (المرجع السابق جزء خلس ص ٣٥٩ بالهامش) أن المقصود بالزنا « النفس وكل مضاجعة من شخص أجنبي والوطاء والبسية ، كما يين كذلك أنه لا محل للحكم بالتفريق لو باشر الرجل امرأته بعد اشتباها زناها وعلمه به ، أو لو مرضها هو نفسه للنفس » أو لم يقم نحوها ، مع قدرته ، بواجب الجماع . كذلك لا محل للحكم بالتفريق لو سفت المرأة بدون ذنب مثل لو تزوجت آخر طاعة أن زوجها قد مات .

الرسولية هذه الأسباب ولكنها لم توردتها على سبيل الحصر . فقد بينت أنه « إذا اتى أحد الزوجين إلى بدعة غير كاثوليكية - une secte acatholique ^(١) ، أو إذا ربي الأولاد تربية غير كاثوليكية ^(٢) ، أو سلك سلوكا مجرما أو شائنا ، أو إذا كان أحد الزوجين خطراً جسيماً على نفس الآخر أو أو جسده ^(٣) ، أو إذا جعل الحياة المشتركة صعبة جداً بسبب تصرفه القاسي par des sévices أو بما شابه به ذلك من الأسباب ^(٤) ، كان للزوج الآخر

(١) تنص المادة ٢٧ من القواعد التي أوردتها فيليب جلاذ على أن من مسوغات المجر أو الانفصال « تغيير المذهب الكاثوليكي » .

(٢) وهم يعتبرون ذلك زنا روحياً من ناحية وللتشابه مع حالة امتياز الإيمان *Cosus apostoli* من ناحية أخرى ، حيث يباح للزوج الذي اعتنق المسيحية أن يترك الطرف الذي بقي على غير الإيمان (انظر De Smet السابق ص ٢١٨) .

(٣) ويبدو هذا في حالة ما إذا دفع أحدهما الآخر إلى المصيبة ولا يمكن لهذا الأخير أن يقاوم طالما ظل مع الآخر تحت سقف واحد . ويوجد هذا الخطر كذلك في حالة العجز الذي يطرأ بعد الزواج ، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى خطر عاجل بارتكاب المصيبة ، لا يمكن لتلافيه انفصال الزوجين في المضيغ فقط . وترجع مشروعية هذا السبب إلى أن أقوال المسيح تحت على ترك كل ما يؤدي إلى الفضيحة ، حتى ولو زعمت العين أو قطعت اليد (انظر De Smet السابق ص ٢١٩) . ويوجد خطر على الجسم في حالة أوجه الإيذاء أو التهديد الجدي بالموت أو بمرض معد . وانظر كذلك ما أوردته فيليب جلاذ في المادة ٢٥ بالنسبة لهجر بسبب « صكير خطر النفس والجسد » .

(٤) ومن الأسباب التي تؤدي إلى الانفصال كذلك ، إختيار حياة أفضل ، متى برضا الزوجين المتبادل ، على نحو ما تقضي به القواعد الكنسية في هذا الصدد ، (انظر De Smet السابق ص ٢١٩ و ٢٢٣) وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية في (١٩٠٦-١٩٠٧) رقم ٤٢ ص ١٩٠٦ .. غير منشور) بأنه إذا اتفق الزوجان (روم كاثوليك) على الانفصال الجسدي فانه يتبين على المحكمة الحكم بإقضاء الانفصال بينهما . وواضح من هذا أن الرضا المتبادل لا يكفي وحده وإنما يتبين أن يحكم القضاء بذلك كما سترى في المتن . وانظر ما سبق بالنسبة لطلاق بالرضا المتبادل رقم ١٥١ ص ٨٠٧ وما بعدها من هذا الكتاب وخاصة هامش ٢ ص ٨٠٩ . وتنص المادة ٢٣ من القواعد التي أوردتها فيليب جلاذ على أن « أخس =

أن ينفصل شرعاً إما بسلطة الرئيس الكنسى المحلى ، أو حتى بسلطته هو من تلقاء نفسه (de sa propre autorité) إذا كانت أسباب الانفصال واضحة محققة ، وكانت هناك ضرورة عاجلة » .

يتضح من هذا أن الأسباب السابقة لم ترد على سبيل التحديد والحصر ، وأن الأمر يتعلق بإساءات يرتكبها أحد الزوجين في حق الآخر ، وهى بهذا تصلح أن تكون سبباً للانفصال ، حتى ولم يكن هناك تعمد من جانبه كالجنون مثلاً ، لأن الهدف هو حماية الطرف البرى . فلا يلزم أن يكون هناك خطأ faute حقاً ، خلافاً لحالة الزنا .

كما يتضح كذلك من نص المادة ١٢٠ من الإرادة الرسولية سالف الذكر ، أنه لا بد من أن يلجأ الطرف الآخر الذى لم ينشأ سبب الانفصال من جانبه إلى الجهة المختصة لتحكم بالانفصال . ومع ذلك فإن له أن ينفصل بمحض إرادته ومن تلقاء نفسه في حالتين أوردتهما النص وهما حالة ما إذا كان سبب الانفصال محققاً certain ، أو في حالة الاستعجال urgence .

= مسوغات المجرم تراعى الطرفين ... » . وانظر كذلك المادة ٣٤ لنيليب جلاذ وهى تعرض لما يسمى بالهجر الاختيارى ، فتتس على أنه « يسوغ لكلا الزوجين ترك حقها بالنظر إلى المضجع تركاً مؤقتاً أو مؤبدآ ، بشرط أمن خطر إفساد الثقة ، كما أنه يسوغ لهما الاعتراق وعدم الإقامة معاً ، مؤقتاً كان أو مؤبدآ » . ومن الأسباب التى أدخلها القضاء فى الاعتبار كذلك مجز الزوج عن النفقة ، إذ يغول للزوجة أن تطلب الاتصال الجسمى (استئذان الاستكدرية فى ٢١-١٩٥٨-١٩٥٨ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٤٤) وقد جاء فى هذا الحكم : « النفقة على الزوجة تلزم الزوج . والتقصير والمجز عن النفقة يكون إخلالاً بواجبات الزوج . وأسباب التفريق الجسمى فى الشريعة الكاثوليكية واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر . ففى كل ذلك إخلال من جانب الزوج بواجبه الأول وهو النفقة ، فانه يكون من حق الزوجة أن تطلب الاتصال الجسمى حسب شريعة الكاثوليك » .

إلا أنه يبدو أن هذا لا يسمح به إلا بصفة مؤقتة ، بمعنى أنه يتعين على الزوج أن يأخذ موافقة الرئيس الديني (القضاء الآن) الذي يقرر مدة الانفصال^(١) .

ولهذا نرى أنه لا يجب الانفصال إلا بحكم قضائي عدا هاتين الحالتين الاستثنائيتين الواردتين في المادة ١٢٠ من الإرادة الرسولية وهما حالة ما إذا سبب الانفصال محققاً وحاله الاستعجال فقط . بل إنه حتى في هاتين الحالتين ، لا يكون الانفصال إلا مؤقتاً كما يقول فقهاء القانون الكنسي ، ويتعين الالتجاء إلى الجهة المختصة بالنظر في الانفصال لتحديد مدته . ويبدو أن فقهاء القانون الكنسي لا يؤيدون فكرة الانفصال بمحض الإرادة ، بل يرون من الأفضل عملاً ، حتى في حالة ما إذا كان السبب واضحاً كالزنا ، أن يلجأ إلى الجهة المختصة للحصول على حكمها بالانفصال . وهم يقولون إنه إذا كان يمكن للزوج أن ينفصل عن زوجته ، ليس فقط في حالة وجود خطر في البقاء ، حيث يكون الانفصال المؤقت مشروعاً ، بل وأيضاً في حالة الزنا المحقق الواضح ، خاصة أن حكم القاضي هنا ليس ضرورياً لتحقيق الزنا ووضوحه ، فانه فيما عدا ذلك ، لا يكون لأى من الزوجين أن ينفصل بإرادته الخاصة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الزنا مشكوكاً فيه أو مستتراً ، أو إذا ما أثير سبب كنسي آخر ، يتعين الإلتجاء إلى السلطة المختصة لتقرر ما إذا كان هناك محل للالتجاء إلى الانفصال . ومع ذلك فانهم يقررون أنه من الناحية العملية يكون من الأفضل ألا يلجأ إلى الانفصال النهائي إلا بانتظار قرار الجهة المختصة ، حتى ولو في حالة الزنا المحقق الواضح^(٢) هذا هو ما قال به فقهاء القانون الكنسي والواقع أن استزام صدور حكم من

(١) انظر القانون الكنسي بإشراف R. Naz ، السابق ص ٤٠٠ .

(٢) انظر تفصيلاً لذلك والآراء المختلفة حول هذا الموضوع في : De Smet ، السابق ص =

القضاء بالانفصال إنما يقوم على أساس أنه يلزم التحقق من السبب الذى يقوم عليه الانفصال^(١).

وبالإضافة إلى ما سبق ، فإنهم يرون أن الانفصال بالاتفاق المتبادل لا يكفى وحده ، بل يتعين الالتجاء إلى القضاء كذلك ، ما لم يكن ذلك خاصاً باختيار حياة أفضل عن طريق الترهين^(٢).

= ٢٢١-٢٢٠ وانظر كذلك : فيليب جلاد ، السابق ، فتوى رقم ٢٦ ص ٣٥٩ ج ٥ . وقد ورد فى هذه الفتوى : أيقدر الزوج الواحد أن يهجر زوجته عند وجود سبب موجب بدون الاحتياج إلى قضاء القاضى ؟ والرد على ذلك : « بالاجاب ١١ وذلك بالنظر إلى هجر المضجع ، لوجود السبب الموجب ، خصوصا إذا كان السبب هو الزنى ، فيجوز إعدام الخائن حقوق الزواج كما أنه يجوز أيضا أن يفترق من الزوج الخائن بدون حكم القاضى متى كان السبب الزنى المشتهر (أما غير المشتهر ، فالأرجح عدم جواز الهجر بالسكن) » . ويستلزم القانون الفرنسى أن يكون الانفصال الجسدى بحكم قضائى . فلا يتم بالاتفاق المتبادل بين الطرفين (مادة ٢٠٧ مدنى) ، كما أنه فى حالة ما إذا كان هناك مجال لطلب الطلاق يكون للزوجين أن يطلبوا التفريق الجسدى (مادة ٣٠٦ ، قانون ٢٦ يوليو ١٨٨٤) .

(١) انظر ما سبق ص ٨٠٩ هامش ٢ : وقد حكم بأن إجراءات دعاوى الطلاق هى بذاتها الاجراءات التى تتبع فى التفريق الجسدى (استئناف الاسكندرية فى ٢٧-١٢-١٩٥٦ رقم ٤٨ ص ١٢ ق صالح حتى ٢ رقم ٥٩٩ ص ٤٥٨ رقم ٧ .

(٢) انظر القانون الكنى بأشرف R. Naz ، السابق ص ٤٥٥ وانظر ما أشرنا إليه من قبل من حيث اعتبار التراضى من مسوغات المهر هامش ٤ ص ١٠٠١ وحكم الاسكندرية المشار إليه .

الفرع الثاني آثار الانفصال الجسدي

٢٠٩ - تحديد هذه الآثار : يترتب على الانفصال آثار بالنسبة للزوجين كما تترتب عليه آثار من الناحية المالية وبالنسبة للأولاد .

أولاً : فيما بين الزوجين : يترتب على الانفصال توقف الحياة المشتركة للزوجين من حيث المسكنة والعيش معا ، كما تتوقف تبعاً لذلك جميع الإلتزامات المترتبة على ذلك ، ويسقط واجب الرعاية والمعونة الأدبية بينهما . وبهذا تستطيع الزوجة أن تحدد مسكنها وموطنها حيثما تريد بعيداً عن منزل الزوجية مع مراعاة التزامها بالإخلاص^(١) ؛ ومع مراعاة حق الزوج في الإشراف على أولاده متى كانت لها حضانتهم ، بحيث يتيسر له مباشرة حقه بسهولة .

وإذا كان يترتب على الانفصال توقف الحياة المشتركة وما يتبعه على هذا النحو ، فإنه ينبغي أن يرعى أن الرابطة الزوجية تظل قائمة ، ويترتب على ذلك عدم إمكان أى من الزوجين عقد زواج جديد ، طالما بقي زوجه على قيد الحياة . ويستتبع ذلك بقاء واجب الإخلاص بين الزوجين ، ولهذا يكون لأى منها أن يحرك دعوى الزنا إذا ما ارتكب الآخر هذه الجريمة^(٢) . وفضلاً عن ذلك يظل واجب المساعدة المادية بين الطرفين قائماً ، كما سنبين ذلك فيما يلى :

(١) فلا يكون لها مثلاً أن تحدد مسكنها مع شريكها في الزنا متى كان الانفصال بسبب الزنا .

(٢) وتظل قرينة الولد للفراش قائمة ؛ ومع ذلك فإنه يمكن إنكار الطفل الذى يولد بعد ٢٠٠ يوم ، أو حتى قبل ذلك (انظر في هذا : أبري ورو ، السابق ص ٢٠٨) .

هذا ويثار الكلام عن أثر الانفصال بين الزوجين بالنسبة للاسم ، وخاصة في البلاد التي تحمل فيها الزوجة اسم زوجها أو يلحق الزوج اسم زوجته باسمه . وفي فرنسا يترتب على الانفصال بين الزوجين أنه يحق للزوج الذي صدر الانفصال لصالحه أن يطلب منع المرأة من حمل اسمه ، أو التصريح لها بعدم حمله إذا كانت تحمله من قبل . لكن لما كان الزواج قائما فانه ينبغي أن يكون لهذا المنع ما يبرره من ناحية سلوك المرأة الذي يعرض بكرامة الاسم ومزنته . ومن ناحية أخرى ، إذا ما ألحق الزوج اسم زوجته باسمه ، كان لها الحق في أن تطلب منعه من حمله ^(١) .

ثانيا : الآثار المالية : يثير الانفصال الجسافي مسألة الآثار المالية بين الزوجين ، من ناحية الميراث ومن ناحية الآثار المالية الأخرى .

أما بالنسبة للميراث ، فان الوضع هنا يختلف عن حالة الطلاق ؛ ذلك أنه إذا كان الطلاق ينهي الرابطة بين الزوجين ، ولا يكون لأي منهما أن يدعى ميراث الآخر عند وفاته ، فان الأمر في حالة الانفصال يختلف عن ذلك لبقاء الرابطة الزوجية . ولم تتعرض الإرادة الرسولية لهذا الموضوع ، كما لم تتعرض له القواعد الخاصة بالانجيليين ، ولهذا يمكن القول بأنه طالما بقيت الرابطة الزوجية ، كان لسكل منهما أن يرث الآخر ، لأن وصف الزوجية لازال لصيقا به ^(٢) .

(١) انظر : أوبري ورو ، السابق ص ٣١٠-٣١١ - وانظر المادة ٣١١ مدني فرنسي
معدة بقانون في ١٨ فبراير ١٩٣٨ .

(٢) انظر أحمد سلامة ، ط ٢ رقم ٣٨٧ ص ٨٥٦ . ومع ذلك فان القانون الفرنسي يقرر في هذا الصدد أن الحق في الميراث يبقى لصالح من حصل على حكم التنريق ويؤزل بالنسبة لمن صدر الحكم منه ، بحيث يكون الحكم قد صار نهائيا ، كما يؤزل أيضا بالنسبة للطرفين =

وبالنسبة للآثار المالية الأخرى يثار الكلام عن الالتزام بالمساعدة المادية . وفي صدد هذه الحالة لم تضع الإرادة الرسولية أحكاما خاصة بها . وإنما نصت المادة ١٥ من القواعد الخاصة بالإنجليين على أنه إذا كان الزوج سبب المفارقة ، وجبت عليه النفقة لامرأته وأولاده الذين في رضاعتها أو حضانتها . وتكون النفقة إما باتفاق الزوجين أو بتقدير السلطة المختصة . أما إذا كانت الزوجة سبب المفارقة ، فلا تلزمه النفقة عليها ، إلا إذا كان له أولاد في رضاعتها وتنص القواعد الخاصة بالإنجليين كذلك على حكم المهر والجهاز ، فتقرر أنه إذا كانت علة المفارقة في الزوجة فلها متاعها (فقط) المزودة به من بيت أبيها خاصة ، وإلا فلها متاعها ومهرها (مادة ١٦) .

هذا ويراعى أنه يجوز الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي تحدث للطرف البريء . وتطبق القواعد العامة في هذا الصدد ^(١) .

ثالثا : بالنسبة للأولاد : يمكن في هذا الصدد تطبيق الأحكام الخاصة

مضى كان التفریق بخطئها . وإذا مات أحد الزوجين قبل أن يصير الحكم بالتفریق نهائيا ، يظل الحق في الميراث قائما . (مادة ٧٦٧ مدنى فرنسى ممدلة) . ويضيف القانون الفرنسى إلى ذلك أنه ليس لزوجات الموظفين والسكريين الحق في المعاش متى كان حكم الانفصال فى غير صالحهن . (انظر القانون فى ١٤ أبريل ١٩٢٤ مادة ٦ . وأوبرى ورو ص ٣١٣ وكذلك ص ٣١٤) .

(١) ويقضى القانون الفرنسى بأنه فضلا عما يمكن أن يقضى به على الزوج الذى صدر ضده حكم الانفصال الجسدى ، يجوز لقضاة أن يحكموا للزوج الذى صدر الحكم لصالحه بالتعويض عن الأضرار المادية أو الادبية التى سببها له الانفصال (المادة ٣١١ مدنى فرنسى ممدلة بقانون فى ٢٩ مايو ١٩٤٨) . والتعويض فى هذه الحالة يقوم على أساس القواعد العامة ويكون عن الأضرار التى تترتب لمن صدر الحكم لصالحه من جراء وقف الحياة الزوجية أو من الأفعال التى بررت الانفصال . والتعويض فى هذه الحالة يمكن أن يحكم به دفعة واحدة أو فى صورة تقية . (أوبرى ورو ، السابق ص ٣١٠) .

بالحضانة عند التطلاق ، على ما بينا من قبل ، فيربي الأولاد بصفة عامة لدى الزوج البرى. الذى صدر الحكم لصالحه . ولما كانت تربية الأولاد تربية كاثوليكية من الأمور الهامة ، فقد نصت الإرادة الرسولية (مادة ١٢١) على أنه « عند الافتراق يجب أن يربي الأولاد لدى الزوج البرى . وإذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكي ، فلدى الزوج الكاثوليكي ، ما لم يأمر الرئيس الكنسى بخلاف ذلك فى كلتا الحالتين لحير البنين أنفسهم ، على أن تضمن تربيتهم الكاثوليكية »^(١).

فتعلم الأولاد وتربيتهم تعد من الأمور الهامة التى حرصت الإرادة الرسولية كما حرصت الكنيسة دائما ، على ضمانها ومراعاتها . ولهذا فانه حتى بالنسبة للحالة التى يكون فيها للزوج الحق الطبيعى فى حضانة الأولاد وحفظهم عند الانفصال المشروع ، يفتقد ذلك الحق من كان غير كاثوليكي ، هذا ما لم يكن الطرف الكاثوليكي غير أهل لضمان تعليمه ، أو كان يعيش فى ظروف من شأنها التعريض به . وفى هذه الحالة يقرر الرئيس الدينى ما هى الحدود التى يمكن لتغير الكاثوليكي أن يضمن فيها تعليم الأولاد تعليما كاثوليكيا ، وعليه أن يحاول وضعهم داخل إحدى المؤسسات الدينية أطول وقت ممكن^(٢).

(١) وتقضى المادة ٤١ من القواعد التى وضعها الأتباط الكاثوليك بأنه « فى حالة الحكم بالتفريق بين الزوجين يمين المجلس الشخص الذى يسلم إليه الأولاد » .

(٢) القانون الكنسى ، بإشراف R. Naz ، السابق فقرة ٤٥٩ ص ٤٠٦ .

الفرع الثالث

انقضاء حالة الانفصال الجسائي

٢٠٢ - الأسباب التي تنقضي بها حالة الانفصال - التفرقة بين الانفصال بسبب الزنا والأسباب الأخرى : لا جدال في أن الانفصال الجسدي ينقضي بموت أحد الزوجين ، كما ينقضي بالتطليق متى توافر سببه لدى الطوائف التي تجمع بين نظامي الانفصال الجسائي والتطليق .

وينقضي الانفصال الجسائي بالتوفيق بين الطرفين . ويمكن في هذا الصدد إسدال الستار على ما مضى والعودة إلى الحياة المشتركة . ويمكن أن يتم التوفيق بين الطرفين أيا كان سبب الانفصال ويعود الزوجان إلى الحياة المشتركة ، متى تراضيا على ذلك بصورة صريحة . وهذا يعني صفح الطرف البريء عن الخطيئة^(١) . ومع ذلك فإنه إذا كان من صدر الانفصال بسببه قد دخل الرهبانية برضا الآخر البريء رضاً صريحاً أو ضمياً ، فإنه لا يكون للطرف البريء استدعاؤه للعودة إلى الحياة المشتركة . ذلك أن موازنة البريء على ترهبين الطرف المذنب تنطوي على التنازل عن حقه في العودة إليه واستدعائه للحياة المشتركة^(٢) .

هذا ويفرق بين الانفصال بسبب الزنا والانفصال بسبب آخر غير الزنا .

الانفصال بسبب الزنا : الانفصال بسبب الزنا انفصال دائم (perpetuelle)

(١) وقد رأينا ما تنص عليه المادة ٢/١١٨ من الإرادة الرسولية من أن الصفح يكون بد تحقّق البريء من زنا الآخر ، ويرضى مع ذلك بمحاشرتهم بكل حرية .

(٢) انظر القانون الكنسي بإشراف Naz ١٥٠ ، السابق فقرة ٤٥٦ س ٤٠٤-٤٠٥ .

إذ يفقد الزوج المحطى. حقه في الحياة الزوجية المشتركة إلى الأبد^(١). وهذا على خلاف الطرف البرى. الذى يكون من حقه أن يستدعى الآخر لاستئناف الحياة الزوجية. وإذا كان هذا حقاً له، فإنه لا يمكن أن يرغب على إعادة الحياة الزوجية مع المذنب حتى ولو تاب^(٢).

وتنص المادة ١١٩ من لارادة الرسولية على أنه « لا يلزم الزوج البرى. أبداً أن يرجع ويقبل زوجة الثانى فى مشاركة المعيشة الزوجية - سواء كان هجره لزوجته بحكم القاضي أو من تلقاء نفسه وفقاً للشرع *légitimement* . ومع ذلك فإنه يستطيع أن يقبله أو أن يستدعيه، ما لم يكن الزوج المجرم قد انتحل حالة منافية للزواج برضا الزوج البرى. »، كما إذا دخل الزوج المجرم فى الرهبانية .

(١) وقد كانت بعض المراسيم تقضى بسقوط العقوبة إذا ارتكب الزوج الآخر الزنا بعد الحكم بالانفصال . وكان يجب عليه أن يعود إلى الحياة الزوجية . ولكن غالبية هذا الالتزام لتحقيق كانت مثبته فى العمل ، فاختفى بالتدريج . (المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ٤٠٤ هامش ٤) . وقد أورد فيليب جيلاد أنه لى يقضى بالانفصال يشترط ألا يكون الزوج الآخر مرتكباً الزنا بدوره (انظر المادة ٢٦) . وجاء فى التسوى ٢٥ ص ٢٥٩ من الجزء الخامس من قاموس الادارة ، السابق ، أنه إذا حكم القاضي بالتفريق لمة زنى أحد الزوجين ثم بد زنى الآخر ، هل يلزم الثانى الرجوع إلى الأول إجابة لطلبه ؟ ويجب على ذلك بقوله: « بالانكار » على الأكثر احتمالاً ، وذلك لسقوط حق الزانى الأول بحكم القاضي ، بحيث لم يبق للأول على الثانى حق مطلقاً .

(٢) انظر أيضاً *De Smet* ، المرجع السابق ص ٢١٩-٢٢٠ . ويقول المؤلف فى هذا الصدد إنه إذا لم يكن البرى ملزماً بالعودة إلى الحياة مع المذنب ، فإن له من باب الاحتياط والاحسان أن يقبل العودة إلى الحياة الزوجية إذا تمنت حالة المذنب وشعوره ، ونظراً لمصلحة الأولاد حتى لا يؤدى بهم إلى البؤس ولكى يجنبهم النار . بل إن من الأفضل أحياناً تجنب الآثار السيئة التى ترتب ، سواء بالنسبة للزوجين أو للأولاد أو للأسررتين المتصاهرتين .

الاسباب الاخرى غير الزنا: أما الاسباب الأخرى - غير الزنا - فهي بطبيعتها مؤقتة temporaires . ويترتب على ذلك أنها إذا ما توقفت كان الأصل أن تعود الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه ؛ ما لم تطرأ ظروف من شأنها جعل الانفصال دائماً ، كما إذا دخل أحد الزوجين نهائياً في الرهبانية .

وتنص المادة ١٢٠ في الفقرة ٢ من الارادة الرسولية على أنه « في جميع الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى ١ (وهي أسباب الانفصال لغير الزنا) تجب العودة إلى الحياة المشتركة عند زوال السبب الذي من أجله حصلت الفقرة ، ولكن إذا كان الرئيس الكنسي قد حكم بالانفصال لمدة محددة ، فإن هذا لا يفيد الزوج ، ما لم يكن هناك قرار décret من الرئيس الكنسي أو بعد انتهاء المدة المحددة » .

ذلك أنه إذا ما عاد الشخص الذي اتى إلى بدعة غير كاثوليكية مثلاً ، إلى الكنيسة الكاثوليكية ، فإنه يتعين أن يعود إليه الزوج الذي انفصل عنه ، ما لم يكن قد ترهب خلال مدة خروج زوجه عن الكاثوليكية . وينبغي أن يراعى أنه إذ ما طلب الانفصال لغير الزنا ، فلا يقضى به إلا إذا ظل سببه قائماً . فإذا كان سبب الانفصال قد زال عند نظر الدعوى لا يجاب طالبه إلى طلبه . وإذا ما تحددت مدة للانفصال وانتهت ، تجب العودة إلى الحياة الزوجية ^(١) .

(١) انظر كذلك القانون الكنسي بإشراف R. Naz ، السابق فقرة ٤٥٨

هذا وتنفي المادة ٢/١٢٠ من الارادة الرسولية كذلك بأن الزوج الذي تركه زوجه بطريقة آتمة يمكنه أن يحصل من الرئيس الكنسي المحلى على قرار بالانفصال لمدة محددة أو غير محددة طبقاً لما جاءت به الفقرة الأولى ٢ من المادة نفسها .

المبحث الثالث

انحلال الزواج حال حياة الزوجين في الشريعة اليهودية

٢٠٢ مكر - تمهيد - تقسيم : رأينا أن الشريعة المسيحية لا تبيح انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين إلا في حالات محددة لدى بعض الطوائف ، وأنها لا تبيح انحلالها إطلاقاً لدى البعض الآخر . أما الشريعة اليهودية فإنها على النقيض من ذلك ، تبيح انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين دون حصر أو تحديد في ذلك طالما توافر المسوغ ؛ إذ تجمل للرجل أن يطلق بإرادته ، كما تجمل للمرأة في بعض الأحيان طلب التطلق ، بل إن هناك من الحالات ما يجب فيها الطلاق رعاية لحق الشرع . وقد عالج القرامون والرابانيون انحلال الزواج بالطلاق في الصور السابقة . وتقرّب الحلول التي أوردوها الفريقان في كثير من الحالات بالنسبة لأحكام الطلاق بصفة عامة ، وبالنسبة للآثار التي تترتب عليه .

وسندرس فيما يلي الأحكام المتعلقة بالطلاق . وإذا ما فرغنا من ذلك نعرض بالدراسة للآثار التي تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية في هذه الشريعة .

المطلب الأول

أحكام الطلاق

٢٠٢ مكر (١) - الطلاق والتطليق - تقسيم الدراسة : رأينا أن المقصود بالطلاق هو انفرد الرجل بإيقاعه بإرادته ، وأن التطليق هو إتمام إنهاء الرابطة الزوجية على يد القضاء ، كما رأينا أن الشريعة المسيحية لا تعرف

الطلاق بالإرادة المنفردة ، وأنه لا بد من إتمامه على يد القضاء . وتختلف الشريعة اليهودية في هذا الصدد ، إذ إنها تحول للرجل الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة ، بوثيقة يدفعها الرجل إلى المرأة أمام السلطات الشرعية . ولكن دور السلطة الشرعية هنا ، يختلف عنه بالنسبة للشريعة المسيحية ، كما يختلف النظر إلى دور هذه السلطة لدى كل من الرابانيين والقرائين . وإذا كان من المسلم به أن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة أمام السلطة الشرعية على هذا النحو ، فإن الأمر يثار بالنسبة لانتهاء الزواج من القضاء نفسه عن طريق التلايق . فهل يملك القضاء ذلك ؟

تقضى الأحكام الخاصة بالرابانيين في هذا الصدد بأنه لا يجوز أبداً طلاق المرأة من زوجها إلا بأمره ؛ مهما كان الباعث للطلاق أو التفريق ، وأن كل تفريق قضائي بلا قبول الزوج وبلا رضاه أو إذنه باطل ، وأن المرأة تظل في عصمته ^(١) . وحتى في الحالات التي يكون فيها للمرأة الحق في أن تطلب الطلاق إلى القضاء ، يجب أن يكون الطلاق بأمر الزوج ؛ بل إنه يجب أن يكون الطلاق بأمر الزوج كذلك ، ولو تعلق طلاق المرأة من زوجها بحق الشرع . ولهذا نجد أنهم ينصون على تكليف الرجل بأن يطلق امرأته حتى يصدر الطلاق عنه ^(٢) .

وقد جاء في شعار الحضرة للقرائين ما يؤيد هذا حيث قيل : « وإذا أבי (الزوج) الطلاق ، فبعضهم أفنى بقيام الشرع مقامه فيه ، وتطليق المرأة منه ولو

(١) مراد فرج : القرامون والرابانوي ، المرجع السابق ص ١٦٦ وانظر كذلك

ص ١٣٥ .

(٢) من ذلك مثلا ما نصت عليه المواد ١٩٠ و ٣٤٧ و ٣٤٨ من ابن شمعون من تكليف الرجل بطلاق امرأته .

بدون وثيقة ، والبعض يرى كونه يجبر شرعا أو سياسة حتى يطلق بالوثيقة وهو الأوفق ، لقوله « فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها » . ولا غضاضة في كونه يجبر ، فقد يتزوج العاصب بمنصوبته مرغا لقوله « وتكون له زوجة » ، فكما قد يعقد مرغا يطلق مرغا . هذا ما جاء في شعار الحضر ، ومنه تبين أنه يفضل إجبار الرجل على الطلاق ، وهو ما يتفق مع مذهب الربانيين . ولكن بعض القرائن لا يوافق على هذا ، ويرى أن الطلاق الذي يحصل بالوثيقة من الرجل ، إنما يكون في الحالة التي لا تروق فيها في نظره بسبب توافر المسوغ . أما في حالة ما إذا طلبت المرأة الطلاق ، ويأبى الرجل ، فإن الأمر يترك لأهل الشرع يطلقونها منه ، إذا بقي على عصيانه ؛ إذ لا يلزم أن يكون الطلاق دائما وأبدا بالوثيقة من الرجل . ويقول أنصار هذا المذهب من القرائن في الوقت الحالي إن الطلاق إذا كان حقا للرجل ، فهو حق للمرأة ، بل وحق للشرع أيضا . وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يكلف الرجل بالطلاق شرعا . فاذا أعياهم أمره ، قام الشرع مقامه ؛ فيندرون الرجل ويمهلونه ؛ فاذا بقي على امتناعه ، فرق القضاء شرعا بينه وبينها ^(١) .

وينتقد القراءون في الوقت الحاضر موقف الربانيين من حيث استلزامهم تكليف الرجل بإيقاع الطلاق في جميع الحالات . ذلك أن الطلاق ، كما هو حق

(١) انظر شعار الحضر ص ١٢٨-١٢٩ والتعليق الوارد بهامش ص ١٢٨ . وانظر

كذلك : مراد فرج : القراءون والربانوي ، السابق ص ١٣٤-١٣٥ .

للرجل ، فانه يكون حقا للمرأة^(١) ، وحقا للشرع نفسه^(٢) . وإذا كان الكتاب لم يتكلم صراحة عن هذين الحقين ، كما تكلم عن حق الرجل ، فليس معنى ذلك أن لاحق في الطلاق إلا للرجل ، وأنه ليس للمرأة أو الشرع طلبه ، وأن كل تفريق قضائي باطل ، وإلا كان لا معنى لذلك الحق الذي للمرأة والشرع ، وهو بلا نزاع غير منكور ، ولا يمكن تصور الحق مجردا ، أى بغير أن يكون له قوة لإفناذه . وينتهى أنصار هذا الرأي من القرائن إلى أنه إذا ما امتنع الرجل عن الطلاق في هذه الحالة قام الشرع مقامه بالتفريق ، ولا توجد بذلك أية مخالفة للدين أو العقل أو العدل^(٣) .

وإذا كان الفقه عندنا يقر هذا الاتجاه الذى يأخذ به القراءون في الوقت الحاضر ، فانه قد اتقسم إزاء موقف الربانيين الذين يستلزمون أن يصدر الطلاق عن الرجل في جميع الحالات . ويذهب رأى الأول^(٤) إلى أن المحاكم تحل في الوقت الحاضر محل الرجل الربانى باصدار حكمها بالتطليق ، إذا امتنع بعد تكليفه من المحكمة بإيقاع الطلاق . ذلك أن الاتجاه إلى الوسائل غير المباشرة - مثل الحكم بنفقة على الزوج رغم افتراق زوجته عنه - قد لا يجدى

(١) فلهذا طلب الطلاق ، كما في حالة ما إذا كان الرجل مجبواً أو مريضاً المحصنين ، أو عتياً ، أو عقيم الماء ، أو خبيث ربح الأنف أو الفم ، أو فاسد الأخلاق شريراً أو طردها ، أو يتركها بلا نفقة ، أو كان يحترف بما لا يطلق أو ما يليق من الحرف (مراد فرج : القراءون والربانون ، السابق ص ١٦٩) .

(٢) وذلك كالقصد على المحرم والرجوع إلى المطلقة بعد زواج النير بها وارتكاب المرأة الفحشاء (المرجع المشار إليه بالهامش السابق ص ١٧٠) .

(٣) انظر في تأييد ذلك : مراد فرج ، المرجع السابق ص ١٧٠-١٧١ . وانظر كذلك : شمار الحضر ، السابق ص ١٢٨ .

(٤) جميل العرقاوى ، السابق (١٩٦٠/٥٩) ص ٣٩٤-٣٩٥ .

في جبره على الطلاق بعد تكليفه به ، إنما يعتبر جزاءات دينية^(١) لا تملك المحاكم المدنية توقيها ، مما قد يؤدي إلى تعطيل أحكام شريعة الرابانيين . أما الرأي الآخر^(٢) فانه - على الرغم من تأييده لمنطق الرأي الأول من الناحية العملية - يرى تأييد وجهة نظر الرابانيين ، وبالتالي لا يجعل للقاضي أن يطلق رغم إرادة الزوج ، وإن كان له أن يكرهه بالوسائل المختلفة ، مثل إلزامه بالتمقة للزوجة رغم مفارقتها ، أو حرمانه من رعاية الأولاد ... حتى ينفى . ويطلق .

ويبدو مما عرض على القضاء ، أن المحاكم لم تتعرض مباشرة لهذا الموضوع مما لا يمكن القطع منه باتجاهه إلى هذا الرأي أو ذاك^(٣) .

(١) من هذه الجزاءات ما نصت عليه المادة ٣٤٨ من ابن شعون من أنه « يكلف الرجل المتزوج بمعمره أن يلقها . فإذا توقف ، جاز للشرع عزله وحرمانه من التعامير والحقوق المالية حتى يطلق » .

(٢) أحمد سلامة ، السابق ط ٢ فقرة ٤٠٧ ص ٨٨٠-٨٧٩ .

(٣) أنظر حكم استئناف القاهرة في ٢٥-٤-١٩٥٦ رقم ١٤ ص ٧٣ ق (خفاجي وراجح ص ١١٢) . ويبدو من هذا الحكم أن الزوجة طلبت التطلق استناداً إلى المادتين ٢١٦-٢١٧ من ابن شعون . وتقضى المادة ٢١٦ أنه إذا اعتاد الرجل « ضرب زوجته ... جاز إجابة طلبها الطلاق » . وتقضى المادة ٢١٧ بأن « ضرب الزوجة محرم شرعاً ، وإذا اعتاد الرجل وبخه الشرع وحلقه ألا يعود ، فإن حنت وهاد أمر بالطلاق ودفع الحقوق » . وقد أوردت المحكمة هذين النصين ، وأضافت أنه « ولما كان لم يثبت في النزاع الراهن أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته ، فلا يقضى بالتطلق » . ومفهوم هذه العبارة أنه لو ثبت أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته لأجابتها المحكمة إلى طلبها . إلا أنه لا يتضح ما إذا كانت المحكمة ترى إعمال الحكم الوارد في المادة ٢١٧ من أمر الزوج بالطلاق مع دفع الحقوق ، أم أنها كانت تنكس بالتطليق . (انظر مع ذلك : أحمد سلامة ، السابق ط ٢ ص ٨٨٠ . وهو يستند إلى عبارة المادة ٢١٧ الواردة في الحكم المذكور باعتبار أن المحكمة قد حكمت بأمر الزوج بالطلاق ودفع الحقوق ، مع أن هذا لا يبدو من عبارة الحكم . بل إن ما قضت به المحكمة ، بعد إيراد النصين السابقين هو عدم إجابة الزوجة إلى طلبها التطلق لعدم توافر المسوغ .

على أنه إذا كان يبدو أن الرابانيين يتمسكون بهذا الحل ، ويوجبون إلزام الرجل بالطلاق^(١) ، فانهم يتمسكون به مع شدة كراهيتهم له^(٢) . وإذا كان ما ورد في شمار الحضر يرجح كون الرجل « يجبر شرعا وسياسة حتى يطلق بالوثيقة » ، وهو في هذا يتفق مع ما يقول به الرابانيون ، إلا أن القرائين في الوقت الحاضر لا يأخذون بهذا^(٣) . فاستزام حصول الطلاق بالوثيقة محله - كما قيل - أن يكون تصرفا من الرجل عندما لا تروق المرأة في نظره بسبب ما يكون هناك من المسوغات . أما كون المرأة تطلب الطلاق وهو يأبى ، فإن الأمر يختلف ، إذ يترك الأمر لأهل الشرع يطبقونها منه إذا بقي على عصيانه . ذلك أن الطلاق لا يلزم أن يكون دائما وأبداً بالوثيقة من الرجل ، ما لم يكن هو الطالب أو راعيا فيه ، وأما وهو مكلف به شرعا ، فظاهر أنه مارق ، ويتولى الشرع العدالة وينصف المرأة فيطلقها أو يفرقها منه ، بعد أن ينزله بذلك إذا لم يمثل ، ولا ضرورة للإجبار^(٤) .

وهذا الاتجاه الذي يتجه إليه القراءون في الوقت الحاضر هو ما ينبغي ترجيحه . ففي الحالة التي يكون للمرأة فيها طلب الطلاق ، أو يكون الطلاق لحق الشرع ينبغي أن يكلف الرجل به ، متى تحقق سببه ، فإن أبى ، قام الشرع

(١) حتى ولو اقتضى الأمر ضربه حتى يطلق (انظر مراد فرج : القراءون والرابانويون ، ص ١٧٠ و ١٧١) .

(٢) مراد فرج ، السابق ص ١٣٥ .

(٣) انظر شمار الحضر ص ١٢٨-١٢٩ بالتين ، ثم ما جاء في هامش ٢ ص ١٢٨ .

(٤) هذا ما يؤيده الأستاذ مراد فرج من القرائين : انظر شمار الحضر هامش ٢ ص ١٢٨ و ١٢٩ . وانظر كذلك : القراءون والرابانويون ، السابق ص ١٧٠-١٧١ والأسانيد التي يؤيد هذا النظر .

مقامه ، لأنه يمد بذلك مارقا ، فيتولى الشرع العدالة ويطلق أو يفرق بينهما . ولا نرى الأخذ بغير ذلك ، وخاصة إذا امتنع الرجل عن الطلاق رغم توافر المسوغ أو رغم قيام سبب من أسباب التفريق بين الزوجين ، ولم تجد معه وسائل التهديد ، لأنه قد يتمسف في استعمال حقه في هذه الحالة . ولا شك أن تقرير الحق للمرأة أو للشرع في طلب الطلاق أو التفريق بين الزوجين يقتضى ألا تترك الأمر للرجل يستبد به ، وإلا « فما معنى كوننا نقر به للمرأة أو الشرع ، ثم لا نستطيع إنفاذه . أو نطلب إنفاذه من الرجل نفسه وهو الخصم ؟ »^(١).

وإذا ما أخذنا بهذه الوجهة التي يرجحها القراءون في الوقت الحاضر ، فإن الأمر يصير وحدا لدى كل من الفريقين . إذ يكون للزوجة أن تطلب الطلاق إذا ما وجد لديها المسوغ ، وعلى المحكمة أن تسكف الزوج بطلاقها ودفع الوثيقة إليها . فإن أبى ولم تجد معه وسائل التهديد بالنفقة أو غيرها ، عدمتسفا وقامت المحكمة مقامه بتخليها . وهذا ما يعمل به إذا تعلق الأمر بحق الشرع كذلك في الحالات التي يجب فيها التفريق بين الزوجين . وبهذا يتضح لنا إلى أي مدى يؤخذ بفكرة التطلق لدى كل من القرائين والربانيين . ذلك أنه لا يكفي أن يتوافر سبب التطلق حتى يحكم به ، كما هو الشأن بالنسبة للشرعية

(١) مراد فرج : القراءون والربانيون ، السابق ص ١٧٠ . ويقول في المرجع نفسه (ص ١٧١) « إن قيام الشرع مقام الرجل بالتفريق بينه وبين المرأة عند القرائين إذا امتنع من الطلاق ، هو واجب لا أثر فيه من مخالفة الدين أو العقل أو العدل بل بالعكس هو مؤيد للدين موافق للحق ، معين لعدل ، ناصر للأدب ، لازم للإصناف ، يتبنى الربانيون أن لو كان لهم منه مولى أرادوا لفسوا » .

المسيحية ، ولكن ينبغي أن تقوم المحكمة ، متى توافر السبب ، بتكليف الزوج بطلاق زوجته ، ودفع الوثيقة إليها ، فإن امتنع ، كان لها أن تطلق عليه زوجته أو تفرق بينهما ، سواء تعلق الأمر بحق المرأة في طلب الطلاق ، أم بحق الشرع . وهنا يثار التساؤل عن الحالات التي يتم فيها الطلاق بناء على طلب الزوجة ، والحالات التي يتم فيها ذلك رعاية لحق الشرع . ونعرض لذلك بعد أن نعرض للطلاق الذي يتم بإرادة الزوج وهي الصورة المادية للطلاق .

الفرع الأول

الطلاق بإرادة الزوج

٢٠٢ مكرود (٢) محمد : لكي يقع الطلاق بإرادة الزوج يتعين ، في الأصل ، أن يكون هناك زواج صحيح ^(١) . ولأنما يلزم إلى جانب ذلك أن تتوافر شروط معينة نصت عليها الشريعة اليهودية . شروط تتعلق بالزوج الذي يقع منه الطلاق وشروط تتعلق بالزوجة التي يقع عليها الطلاق ، ثم شروط أخرى تتعلق بالوثيقة والشهود ، كما تتعلق بضرورة إتمامه أمام السلطة الشرعية في أوقات معينة ، متى توافر لذلك مسوغ شرعي . وتكلم فيما يلي عن هذه الشروط ، ثم نعرض بعد ذلك لتطبيقات الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته ، ثم لأحكام الوكالة في الطلاق .

(١) نقول في الأصل ، نظراً لأن هناك حالات يكون فيها الزواج باطلاً ، ومع ذلك يلزم الطلاق كما قدمنا . ومن ناحية أخرى ، فإن الطلاق قد يقع خارج الزواج بالنسبة للمخطوبة لدى القرائين ، فقد ورد في شمار الحضر أن « محلل الطلاق المخطوبة ، والمتروجة ، والمشتبه في حليتها بين الفتناء » (ص ١٢٤ وانظر في تأييد كون المخطوبة محل طلاق ص ١٢٥) . فضلاً عن هذا فإن الطلاق يقع بالنسبة للقدسة ، ولو لم تتم أركان العقد الأخرى ، كما تنص على ذلك صراحة قواعد الربانيين إذ تنص المسادة ٦٠ من ابن شمعون على أنه « يجوز تقديم التقديس وإرجاء الركنين الآخرين » ولكن الزوجة ترتبط شرعاً ، فلا تحل لآخر إلا بالطلاق أو الوفاة » .

أولاً : شروط الطلاق

٢٠٢ مكو (١٣) - ١ - بالنسبة للزوج : يتم الطلاق بإرادة الزوج . ولهذا يلزم أن يكون كامل العقل والإدراك . فإذا لم يكن كذلك لا يصح طلاقه . وإذا توافر لديه العقل والإدراك ، صح طلاقه ، حتى ولو كان في مرض الموت طالما أن المرض لم يؤثر على قواه العقلية ^(١) . ولهذا يكون للرجل الطلاق كذلك ، حتى ولو أضر المرض بالنطق ، إلا أنه لم يؤثر على قواه العقلية ، طالما أمكن فهم إرادة الطلاق بالإشارة ^(٢) . لكن إذا كان المرض خرساً فلا يقبل الطلاق . وإذا كان يبدو أن القرائين لا يقبلون طلاق الآخرس مطلقاً ، فإن الرابانيين ينصون على أنه لا يقبل طلاق الآخرس بإشارته إذا كان طارثاً ^(٣) . ولا نعتقد أن هذا يعني حرمان الآخرس من الطلاق مطلقاً عند القرائين ، أو من الطلاق بإشارته عند الرابانيين . وإذا كان يفهم من نص الرابانيين أنه يصح طلاقه بالكتابة ، فانه إذا كان لا يعرف الكتابة ، ألا يستطيع أن يطلق كما هو الشأن بالنسبة للقرائين ؟ رأينا أن زواج الآخرس ينقذ « بواسطة السلطة الشرعية » . ونعتقد أنه يمكن

(١) وهذا ما يمكن الأخذ به لدى كل من القرائين والرابانيين ، فقد جاء في شمار الحفر إنه يجب أن لا يكون مملى الوثيقة ... لا مجنوناً ولا صغيراً . وجاء في المادة ٣٤٠ من ابن شمعون أنه « يشترط عند الطلاق أن يكون الرجل بقله وسموه » كما نصت المادة ٣٤١ على أن « المرض لا يمنع من الطلاق ما لم يكن مؤثراً على القوى العقلية » ، ولو كان مرض موت » .

(٢) انظر المادة ٣٤٢ من ابن شمعون

(٣) جاء في شمار الحفر ص ١٣٢ أنه « يجب أن لا يكون مملى الوثيقة لا آخرس ... » وانظر المادة ٣٤٣ من ابن شمعون .

تطبيق هذا الحكم في صدد الحالة التي نحن بصدددها ، متى بدت رغبة الآخرس في الطلاق بأية طريقة مفهومة . .

٢٠٢ مكررو (٢) - ٢ - بالنسبة للمرأة : لكي يقع الطلاق صحيحا يلزم أن تتوافر شروط معينة بالنسبة للمرأة .

فلا يجوز عندالربانيين طلاق المجنونة قبل شفائها ، وإنما يلزم الرجل بعلاجها والإففاق عليها ، وله أن يتزوج إذا شاء ، وللسلطة الشرعية أن توجيه إلى طلبه في هذه الحالة ^(١) . كما أن الربانيين يجعلون طلاق المريضة مكروها ممقوتا حتى ولو أزمّن مرضها ^(٢) . على أنه إذا كان المرض الطارىء خرسا ، فإن حدوث هذه العاهة لا يمنع الطلاق بالنسبة للمرأة ^(٣) . فإذا كان الطلاق للمقم ، فإنه يلزم ألا

(١) انظر المادة ٣٢٣ وتنس على أنه « لا يجوز طلاق المجنونة قبل شفائها » وإنما الرجل أن يتزوج عليها بحيث لا يضره هذا بمؤنتها وعلاجها » . وانظر كذلك المادة ١٣٢ . أما القرامون فاتهم يجعلون من المجنون مسوقاً يبيع الرجل أن يطلق زوجته .

(٢) إذ تجعل المادة ١٣١ عنهم « على الزوج أن يتفق على علاج زوجته إذا مرضت » فإذا أزمّن مرضها خيرها بين أخذها حقوقها لتتفق على نفسها وبين الطلاق ، ولكنه تغيير ممقوت » . ووضح من هذا أن الزوج يلتزم بالاغاق على زوجته المريضة ، ولا يكون له أن يخيرها على النحو السابق إلا إذا أزمّن المرض .

أما عند القرائين ، فإن المرض ، أو بصفة عامة « كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطلق احتمالها » تعتبر مـسـوقاً للطلاق . وكل ما هناك أنه إذا كان المرض ، أو العاهة بصفة عامة ، طارئا بعد الزواج فإن الموجب واجب ، ما لم يكن شيئا من فساد الأخلاق ، فالزوج لا يجب ، لأن فساد الأخلاق تنص في الدين (انظر شعار الحفر ص ١٢٧-١٢٨) . على أنه يجب ، عند القرائين كذلك ، أن يقوم الرجل بعلاج زوجته إذا مرضت ، حتى تشفى . وإذا أزمّن المرض واستوجب كثرة الاتفاق قلّه أن يطيبها مما لها عنده من الحقوق تتفق منها ، ولكنه مكروه (ص ١١٤ شعار الحفر) .

(٣) ولا خلاف في هذا الحكم بين القرائين والربانيين ، إذ يجعل القرامون من الحرس مسوقا ويأخذ حكم المرض على ما يتنا بالهش السابق ، كما أن الربانيين ينصون أنه « يجوز طلاق الحرساء إذا كان الحرس طارئا » (٣٢٢) .

يكون ذلك قبل مضي مدة معينة ، تختلف بحسب ما إذا كانت بكرة أم ثنيا^(١) .
ولا يلزم أن تكون المرأة التي يقع عليها الطلاق بالغة ، إذ يجوز طلاق الصغيرة المميزة^(٢) .

وبالنسبة للأسيرة ، لا يصح للرجل طلاقها من أجل الأسر ، وإنما عليه أن يعمل على إفدائها منه ، وإذا شاء الطلاق أفدى أولا ثم طلق^(٣) .

على أنه إذا كان الطلاق بيد الرجل ، فهل يلزم قبول المرأة ورضاها بالطلاق ؟

(١) وعند الرابانيين « ليس للرجل أن يطلق زوجته لمة العقم إذا لم يمس لها عشرين
لم ترضق فيها » ، وإذا كانت غير بكر فغسنة » (م ١٤١) . وهذا هو الحكم لدى القرائين
إذ ورد أن له « أن يطلقها إذا ثبت عقها ولها حقوقها عدا المولج » ، إذا كان قد مضى لعقها
عشر سنين لقوله « وكان منذ عشر سنين لمقام إبراهيم بأرض كتمان » ، لا يجب منها زمن غياب
أو مرضه أو اعتقاله ، وإذا أجهت فن وقت الإجهاض ... » (شمار الحضر ص ١٢٠ .
وانظر كذلك ما جاء بهامش ٢ بالنسبة لتعليق على كون المدة عشر سنوات عند القرائين) .

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤١ بالنسبة للربانيين ، وعند القرائين لا تطلق الصغيرة
إلا إذا كان والدها موجودا ، لأنه هو الذي يقبل طلاقها . ذلك أن الصغيرة عنهم تطلق ولاية
والدها ، يحدد زواجها كما يقبل طلاقها . وإذا مات الأب ، فلا تطلق حتى تبلغ ، لما ورد من
أن الطلاق يكون بتسليم وثيقته إليها ، فوجب أن تكون مميزة . ولذا فأبوها يقبل الطلاق
عنها قياسا على ماله من ولاية تزويجها ... فان لم يكن لها أب ، انتظر حتى تبلغ ، ضرورة
كونها فاصرا لا قبول لها (شمار الحضر ص ٧١ و٧٢) .

(٣) وهذا الحكم سواء عند الربانيين والقرائين مع خلاف يسير ، إذ تنقض المادة ١٣٣
من أين شمون بأن « على الرجل أن يسلم ويتفق لإطلاق زوجته من الأسر » ، إذا أسرت .
وليس له أن يطلقها من أجل أسرها .. » . أما القرامون فانهم يوردون تقييلا في هذا الصدد
(انظر شمار الحضر ص ١١٤ - ١١٥) . ويبدو أن الربانيين يلزمون الزوج بإفداء زوجته
مرة واحدة ، فإذا سبت مرة أخرى يكون له أن يطلق ويؤدى مالها في ذمته من الحقوق
وهي وثأنها . أما عند القرائين فانه يلزم بإفدائها دائما ما دام قادرا . وإذا كان مهاجرا ،
فلمصرع أن يستين بماله فساكالا أسرها (انظر كذلك الموضوع السابق من شمار الحضر) .

لا تستلزم الشريعة اليهودية قبول المرأة ، إذ أن هذا الرضا ليس شرطاً ، فيقع الطلاق ، ولا يعلق على قبول منها ^(١) .

٢٠٢ مكرر (٤) - ٣ : الشروط الأخرى : إلى جانب ما ينبغي أن يتوافر بالنسبة للرجل ، وبالنسبة للمرأة من شروط حتى يقع الطلاق صحيحاً ، توجد شروط أخرى ، إذ يلزم أن يكون الطلاق بالوثيقة والشهود ، وأن يتم أمام السلطة الشرعية في وقت من الأوقات غير المنوعة وأن يكون له مسوغ شرعي ونعوض لذلك فيما يلي :

٢٠٢ مكرر (٥) - (١) : الوثيقة والشهود : لا بد لإيقاع الطلاق من أن يحصل بالوثيقة من الرجل يسلمها ليد المرأة وذلك طبقاً لما جاء في الكتاب من أنه إذا « لم تحظ في عينه بأن وجد بها عيباً فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها » .
والوثيقة لازمة للطلاق ، وبدونها تظل المرأة مرتبطة بزوجها ولا يصح الطلاق شرعاً ^(٢) .

ولا يتقيد القرامون بالسلف بالنسبة لصورتها ، فيكفي كونها تفيد الطلاق

(١) أنظر المادة ٣٢٥ من ابن شمعون . وهذا هو الحكم أيضاً عند القرائين إذ نصوا على أنه إذا ما سلم إليها الوثيقة على يد الشرع ، فاتها تصوير طالقاً ، ولو لم ترض . وإذا تراضيا وسلمها إليها ، ولو على غير يد الشرع فطالق كذلك ما دامت الوثيقة صحيحة . ولما كان من اللازم علم المرأة بأن ما سلم إليها أنها هي وثيقة طلاق ، فإن القرائين قد استلزموا قبول المرأة ورضاها إذا ما سلمها الرجل الوثيقة « بوصف كونها شيئاً آخر غير الطلاق » ، فإذا « حلت وسكت » فإن الطلاق يقع . أما إذا رفضتها فلا طلاق (أنظر شمار الحضرة ص ١٣٥ وهامش ١) .

(٢) ولا خلاف في هذا بين الرابانيين (أنظر م ٣٢٦) والقرائين (أنظر ص ١٣٠ وكذلك ص ١٢٨ هامش ٢ من شمار الحضرة) .

بحناه الشرعى ، وهو فصم الرابطة الزوجية « كريتوت » ^(١) . وهذا خلافا للربانيين الذين يشترطون أن تدون الوثيقة فى شكل معين « بصورة مخصوصة ، ووضع مخصوص » ^(٢) . والمهم هو أن يكون بيان ما جاء بالوثيقة جامعاً مانعاً خوفاً من الإيهام أو الالتباس والاشتباه ، فكتبت الأسماء والألقاب بصراحة ووضوح ^(٣) .

(١) وكلمة « كريتوت » بالعبرية تعنى « انقسام » . وإذا كان القراءون يكتبون بذلك فانهم يستنتجون من قول الكتاب « يكتب لها وثيقة الطلاق » أن تكون العبارة عبرية لفظاً ورسماءً ، وذلك خلافاً للربانيين الذين يميزونها بكل لغة أخرى هذا ما جاء فى شمار الحضر ص ١٣٢ وقد ورد فى التعليق على هذا لما كان لا بد من وساطة الشرع فى الطلاق ، فليس من اللائق أن تكون عبارة الوثيقة بنبر لفته . ففى كما هو ظاهر لغة الكتاب والمباراة والصلوات والتسائم . ولكن إذا قفى بالطلاق أو أقره الشرع أو كتب الزوج عبارة وثيقتة بنبر اللغة فى حال التراضى ، فلا بطلان كما هو ظاهر ، وإنما تبدل الوثيقة والحال هذه بنبرها عبرية على يد الشرع ، ضرورة مرور الطلاق عليه حتى فى حال التراضى (ص ١٣٢ شمار الحضر بالمهامش) .

(٢) وذلك كأن لا يزيد ولا ينقص عن اثني عشر سطرأً ، وأن يكون الفراغ بين الحرف والحرف بيناً ونسبة واحدة ... أنظر المادة ٤٣٧ ص ٤٠٩ من كتاب المقارنات والمقابلات ، والجزء الثالث ص ٢٧ من قاموس « أوصار إسرائيل » ، وردت الإشارة إليها فى شمار الحضر ص ١٣١ هامش ١ ، وانظر كذلك : مراد فرج : القراءون والربانئون ، السابق ص ١٣٣ - ١٣٤ وكذلك ص ١٦٨ - ١٦٩ ، وهذا على خلاف القرائين الذين لم يقيدوها بشئ خاص بل تركوها لما يقتضيه الأمر من الاستيفاء اللازم ، فلا يلتزمون عبارات معينة خلافاً للربانيين .

(٣) أنظر فى صورة الوثيقة لدى القرائين ص ١٣٤ - ١٣٥ شمار الحضر . وهى تشتمل على التاريخ والجهة واسم ولقب الزوج والزوجة ، وأنه قد طلقتا وسرحا وتركها ... ولم تند زوجة له بل خرجت من عصمته ، وصارت حلاً لنيره . كما يذكر فيها أنه طلقتا لأنه وجد بها عيباً . ولكن هذا البيان الأخير عمل اعتراض « قتل انه لا داعى أبداً لذكره فى الوثيقة - (أنظر فى هذه عدم ضرورة ذكره فى الوثيقة ما جاء بهامش ٣ ص ١٣٤ - ١٣٥ من شمار الحضر) . وكتابة الوثيقة ، كما تقول القراءون تعنى القرباس والمداد » ، فلا تحتل النعت .. (أنظر فى هذا ص ١٣٣ من شمار الحضر) .

وقد تمشى القراءون مع هذا المنطق من حيث أنه ينبغي أن تفيد الوثيقة نصم الزواج ، ولهذا أوجبوا ألا يكون بها أى قيد من القيود المنافية للانفصام ، ولأن يكون بشرط الرجوع ، خلافا للربانيين الذين يجهزون التقييد والاشتراط ^(١) .

هذا ويتعين أن تكون الوثيقة قائمة بذاتها ، فلا يصح أن يجمع بين طلاقين فى وثيقة واحدة ؛ بل يجب استقلال كل مطلقة بوثقتها . وقد نص القراءون على ذلك ، وحكمه مفهوم بالنسبة للربانيين .

على أنه يلزم فضلا عن الصورة التى تكون عليها الوثيقة ، والبيانات اللازمة ذكرها فيها ، أن تكون الوثيقة بمحضرة شهود . ويستلزم الربانيون أن يكون الطلاق بوثيقة بمحضرة شاهدين (م ٣٣٦) . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين ^(٢) . ويقوم الشهود بالتوقيع على الوثيقة قبل تسليمها إلى المرأة .

(١) أنظر شمار الحضر ص ١٣٠ - ١٤١ . فتد القرائين لا يجوز أن يكون الطلاق مضافا إلى زمن أجل ، بل يجب أن يكون فوريا ، أى أنه يجب أن لا يكون بالوثيقة أى شرط من الشروط ، أو أى قيد من القيود ، وإلا فإن الطلاق لا يقع . (أنظر ص ١٣٣ و ١٣٤ من شمار الحضر) . ولهذا يوجب القراءون بيان الزمان والمكان فى الوثيقة (وقد كان يذكر فيها أيضاً تاريخ الحراب الثانى لبيت المقدس ولكن هذه العادة هجرت فى الوقت الحاضر . كما أنه يجب ألا تنهى الوثيقة ويترك فيها - مؤقتاً - البيان اللازم ، أى أن تقديمها كلها أو بعضها ممنوع) شمار الحضر ص ١٣٣ وأنظر كذلك بالنسبة للاحاق الشرط بالوثيقة ص ١٣١ - ١٣٢ من المرجع نفسه) . أما عند الربانيين فإن الأمر على خلاف ذلك ، إذ أنهم أجلوا إضافة الطلاق إلى المستقبل ، أى أن نفاذه يكون بعد أجل مسمى ، إذا شهد على ذلك شهود الوثيقة . وإذا كان فقهاء القرائين قد مننوا ذلك فانهم يبررونه بنجشة التلاعب . بل إنهم يقولون إنه إذا ظهر طلاق كهذا غدر صاحبه شرعا لما ينشأ عنه من مساس حلية التدية (شمار الحضر ص ١٢٩) .

(٢) فتد القرائين لا يجوز أن يكون الشهود أقل من الاثنين من الملة (شمار الحضر ص ١٢٣) .

إذا ما توافرت الشروط السابقة في الوثيقة، فإنها تكون صحيحة؛ ويترتب عليها أثرها من حيث وقوع الطلاق . ومع ذلك فإنه قد يحصل الطعن على وثيقة الطلاق بدعوى عدم استيفائها للشروط .

وقد أورد القراءون تفصيلاً في هذا الصدد يجعل بنا أن نشير إليه . إذ عندهم أنه إذا طعن على الوثيقة بدعوى عدم استيفائها وقد عقد على المطلقة آخر وكان الطلاق على يد الشرع ، فلا عبرة بالطعن ، تسليماً بصحة الإجراءات الشرعية في وقتها ... ولكن إذا حصل الطعن قبل العقد على المرأة ، وتبينت صحة ، وجب استيفاء اللازم^(١) . وإذا أنكر الرجل الطلاق أو ادعى تزويره أو طعن بتشابه الأسماء والألألب ، فللمرأة تكذيبه بشهود الوثيقة ، وإلا فبشهود التسليم وإلا فبشهود الرسالة إن كان . وقيل شهادة الناقل عن غيره ولو كانت امرأة . فإذا لم تثبت صحة الطلاق وعقد عليها آخر مع ذلك حرمت . على الاثنين فطلق من الأول ، وأما عقد الثاني فلنوا كأن لم يكن . وإذا أقر الرجل بالوثيقة ، وادعى فقدانها منه ، وأن الزوجة عثرت بها ، فلا يقبل طعنه . ولا هي تكلف بالإثبات ، فكفى كونه كتبها باسمها ومن أجلها ، كما هو إقراره^(٢) .

وإذا قالت بطلاقها صدقت ، فأقرارها لها وعليها لا يتجزأ . فلا يتوقف عقدها على تحقيق طلاقها شرعاً ، ولا سيما إذا قدمت وثيقها . ولكنها إذا كانت مروفة بالزوجية لزماً والحال هذه أولاً أن تثبت طلاقها ، إما بتقديم الوثيقة ،

(١) فإذا لم يكثرثوا وصدقوا مع ذلك دون الاستيفاء حرمت الدورية ونوه بذلك شرماً بين الناس ... (أنظر شطار الحضر ص ١٤٩) .

(٢) شطار الحضر ص ١٤٩ - ١٤٥ وانظر كذلك ما ورد يمامش ١ ص ١٤٠ .

وإما بشهود الطلاق ، وإلا فلا يسمع منها ^(١) . كذلك لا يقبل من الرجل كونه طلق ، ما لم يثبت ^(٢) .

تسليم الوثيقة : ولا يكفي أن يكتب الرجل الوثيقة مستوفية للبيانات السابقة ، وإنما يجب أن تسلّم إلى المرأة . إذ يجب أن يكون الطلاق وكتابة الوثيقة ، وتسليمها في وقت واحد ، ضرورة إخراج المرأة من العصبية على أثر طلاقها ، كما هو نص الكتاب « فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها ويسرحها من داره » ^(٣) .

وتتم تسليم الوثيقة إلى المرأة نفسها ليدها مباشرة . ولكن يصح أن يتم التسليم كذلك بوضع الوثيقة « بين عينيها وتحت تصرفها » كما جاء في شعار الحضر (ص ١٣٣) . وكما يصح التسليم إلى المطلقة على هذا النحو ، فإنه يصح أن يتم إلى وكيلها المأذون منها بذلك ، إذ أن المقصود بنص الكتاب « ويسلمها ليدها » هو كون الوثيقة تصل إليها على كل حال . وهذا أمر لا خلاف فيه بين الربانيين والقرائين ^(٤) .

(١) المرجع السابق ص ١٤٠ وانظر كذلك هامش ٢ .

(٢) المرجع السابق ص ١٤٠ وانظر كذلك هامش ٣ .

(٣) أنظر كذلك ص ١٣٢ من شعار الحضر . وتنص المادة ٣٥٤ لدى الربانيين على أن الرجل يسلم الوثيقة إلى يد مطلقة قائلاً لها : « استلمى وثيقة طلاقك » ، فأنت طالق ، وصرت حلاً لغيري . ولكن القرائين ينتقدون هذه العبارات ، إذ المقصود بالطلاق أن يصير المرأة حرة تتزوج بمن تشاء . وهذا أمر ضروري ، إذ بالطلاق تحمل لغيره (أنظر : مراد قرج : القراءون ، والربانون السابق ص ١٦٨ - ١٦٩) .

(٤) فقد نصت المادة ٣٦٠ بالنسبة للربانيين على أن « للمرأة أن توكل عنها لقبول الطلاق » ، وبه يتم . كما ورد هذا المعنى كذلك في شعار الحضر ص ١٣٣ .

المهم كما يبدو هو أن تصل الوثيقة إليها وتسلم بما جاء فيها ولو حكماً ، حتى ولو لم ترض به . =

ويجب أن يتم الاشهاد على تسليم الوثيقة كما هو واجب على الوثيقة نفسها .
والاشهاد إذا كان يجب على التسليم إلى المرأة نفسها ، فانه يجب على الرسالة
والاستئذان والتوكيل أصلاً أو فرعاً (توكيل الوكيل نفسه) . بل يجب على
الرسول أن يشهد عليها عند تسليم الوثيقة إليها ^(١)

٢٠٢ مكر (٦) ب - إتمام الطلاق على يد الساطة الشرعية : تستلزم
الشرعية اليهودية أن يتم الطلاق أمام السلطة الشرعية . وهذا مانص عليه الرابانيون .
والقراون ^(٢) فما هو المقصود بالسلطة الشرعية في الوقت الحاضر . لا شك في
أن المقصود بها الآن إنما هي السلطة القضائية التي آكل إليها الاختصاص بعد إلغاء

== وقد عرض القراون لصور متعددة بالنسبة لتسليم الوثيقة . إذ ورد أنه إذا دفع بالوثيقة إليها
في منتصف الطريق بينه وبينها رأساً ، أو بين من هو تحت إذنها ، فطلاق فاسد . وإذا كان
الإلقاء أقرب إليها منه فصحيح . وإذا كان القرب إليه أكثر فلا طلاق . وإذا ألقاها فصادفت
ناراً أو ماء فاحتقرت أو محقت ، فلا طلاق . وإذا تحوكت حين الإلقاء إلى مكان آخر ليس في
تصرفها وأمكن لها أن تطولها وهي واقفة ، يمكنها فطاني وإلا فلا . وفي جميع هذه الصور يعتبر
وجود المرأة وقت الإلقاء ، وفي مكانه ، شرط . وإلا فلا طلاق .

كما عرضوا كذلك لحالة ما إذا ترك لها الوثيقة في الدار أو أعطاها لبيده ، وملكها الدار
أو العبد ، وأخبرها بالأمر ، وأشهد ، وقبض ، فطاني . وقد عرض الرابانيون لصور كثيرة
أخرى ، لم يأخذ بها القراون وذلك « تباعداً عن التفتن والجليل ومنناً لك » . واهتماماً بأن
يكون تسليم الوثيقة إليها أو إلى وكيلها المأذون ، أو أن تترك لها بوجودها بين نظرها وتحت
تصرفها ، وإلا كان طلاقاً فاسداً لا بد من تجديده بوثيقة أخرى « (شمار الحضر ، ص .
١٣٦-١٣٥) .

(١) انظر في كل هذا : شمار الحضر ، ص ١٣٧ و ١٣٨ وانظر ما سيأتي عند كلامنا
من الوكالة في الطلاق . وهذا ويجب على الشهود أن يقرأوا الوثيقة أولاً قبل التسليم ، إذ من
الجايز أن تكون شيئاً آخر غير وثيقة طلاقها ، أو لا تكون صحيحة شرعاً .

(٢) فقد نصت المادة ٣٣٦ من ابن شمعون على أنه « لا يصح الطلاق شرعاً إلا
أمام السلطة الشرعية ، بوثيقة ، بحضور شاهدين » . كما جاء في شمار الحضر ص ١٢٩ أن
« لا طلاق إلا على يد الشرع ، بقدر ما يكون هناك من مسوغات .. » .

جهات القضاء الشرعى لليهود على أثر صدور القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٥ ، إذ لم يعد للجهات الدينية الخاصة بغير المسلمين أية اختصاصات قضائية في هذا الشأن . ولما كان الطلاق يستلزم دائماً الفصل في توافر المصوغ ، أو بصفة عامة في حقوق الزوجة ، فإن هذا يعنى أن الأمر يثير من المسائل والمنازعات ما يختص القضاء بالفصل فيه . ولهذا ينبغى القول بأن كل نص وارد في شرائع غير المسلمين بصفة عامة يثبت اختصاصاً قضائياً لآية جهة أخرى ، لا يمكن تطبيقه في الوقت الحاضر . بعد أن أصبحت منازعات الأحوال الشخصية من اختصاص القضاء العادى ^(١) .

وإذا كان المقصود بالسلطة الشرعية هي القضاء في الوقت الحاضر . فإنه ينبغى أن يراعى أن دور هذه السلطة يختلف لدى كل من الربانيين والقرائين ، وذلك بالنظر إلى اختلافهم في مفهوم ما يعتبر مصوغاً للطلاق . فالربانيون يتوسعون في معنى مصوغ الطلاق ، بل إنهم لا يجمعون أنه من مصوغ إلا مجرد عدم حظوة المرأة في نظر الرجل ، ورغبة الزوج بأجل منها . ولهذا فإن دور السلطة القضائية قد يبدو ضئيلاً . ومع ذلك فإنه لا ينبغى التقليل من أهمية دور السلطة القضائية حتى في هذه الحالة ، إذ أن معرفة ما إذا كان هناك مصوغ حقيقى ، أم أنه لا يوجد من مصوغ إلا مجرد عزوف الرجل عن زوجته . لها أهميتها بالنسبة للقضاء بحقوق المرأة أو عدم القضاء بها ، بحسب انعدام المصوغ أو توافره . أما عند القرائين فإن دور القضاء في تحديد المصوغ وتقدير ما إذا كان هيناً محتملاً أو أنه ليس

(١) ويدعون إلى بيان هذا الحكم ما أورده المادة ٣٣٧ من ابن شعون حيث تنص على أن « كل طلاق من سلطة أجنبية لا يعتبر شرعاً » . فإما هو المقصود بالسلطة الأجنبية في هذا الصدد ؟ يفهم مما أورده البعض أن كل طلاق يصدر من غير الرجل لا يعتبر شرعاً ، ومعنى ذلك أنه لا يصح أن تصدر المحكمة الطلاق دون موافقة الزوج ، لدى الربانيين ، إذ لا يكون هذا مؤدياً لانتهاء الزواج (جيل الشرقاوى السابق (٥٩-١٩٦٠) ص ٣٢٩) أى أن المقصود بالسلطة الأجنبية التي تصدر عنها الطلاق هي أية سلطة أخرى تقوم بالطلاق =

كذلك يعتبر أمراً مسلماً به ؛ إذ لا ينبغي أن يترك الأمر لطالب الطلاق ، فهو يحسم التافه ويضخم السير ^(١) .

وعلى ذلك فإن سلطة القضاء إذا كانت تختلف حول تهدير المسوغ لدى كل من الفريقين ، فإنه ليس له أن يقف في سبيل الطلاق بالنسبة للربانيين استناداً إلى انعدام المسوغ ، وإن كان له على خلاف ذلك بالنسبة للقرائين ، فقد يرى أن المسوغ المدعى به محتملاً هيناً ، وبالتالي لا يجيب طالب الطلاق ، إذ لا يكفي لطلاق في هذه الحالة مجرد إرادة الرجل ، بل لابد من المسوغ ^(٢) .

واستلزام إتمام الطلاق على يد الشرع إذا كان يقصده من الرقابة على ما هنالك من مسوغات ، فإنه يقصد من ورائه كذلك منع التمسف أو ظلم الرجل للمرأة ، إذا ما ترك له يستبد بإيقاع الطلاق . كما أن هناك من الحالات ما لا يجوز فيها الطلاق أصلاً ^(٣) ، مما يجعل من اللازم رقابة السلطة الشرعية . هذا فضلاً عن ضرورة ذلك للإشراف على صحة الوثيقة وتوافر شروطها .

== بدلاً من الزوج . ولكن ما أورده مراد فرج في هامش شمار الحفر ص ١٢٠ بهم منه غير ذلك إذ يقول إن الربانيين لا يستمدون الطلاق « ما لم يكن على يد الشرع » ، ولو تولته إحدى السلطات النظامية « . ومتفق على هذا الرأي الأخير أنه لو تم الطلاق أمام أية جهة أخرى فلا تنضم الزوجة « بل لابد من أن يتم ذلك على يد السلطة الشرعية . إلا أنه لما كانت السلطة الشرعية غير قائمة الآن ، فإن أي نص يثبت لها اختصاصاً قضائياً يكون فضله من القول ، القيم إلا إذا تعلق الأمر باختصاص الجهات الدينية من الناحية الروحية فقط . وبصرف النظر عما تدميه السلطات الدينية لنفسها من اختصاصات من حيث الواقع .

(١) كما جاء في شمار الحفر ص ١٢٧ . وانظر كذلك الهامش قبل السابق .

(٢) شمار الحفر ص ١٢٦ . وانظر كذلك ما جاء في ص ١٤٠ هامش ٣ من هذا المرجع نفسه حيث يرد وجوب أن يكون الطلاق على يد الشرع بالإضافة إلى ما سبق ، نظراً « لجواز أن يدميه أحدهما على الآخر كذباً » وقد يجاربه بعض الشهود ، أو لجواز أن تنكره وتحنى أو هو ينكره ، وتكون الوثيقة فقدت من المرأة وتبذل الاتهامات . فوقع الطلاق على يد الشرع ضماناً كبرى دينة ومدنية مما بوجود أصل الوثيقة دائماً ثابتاً في السجل موقفاً عليها من الاتيين « .

(٣) كدهي الثبوت كذباً والمتصّب .

على أنه كان يلزم أن يتم الطلاق على يد الشرع ، إلا أنه ينبغي أن يراعى أن الرجل هو صاحب الحق في إيقاعه عن طريق الوثيقة يدفعها إلى المرأة . بل إنه حتى في الحالات التي يتم فيها الطلاق بناء على طلب المرأة أو مراعاة لحق الشرع نفسه ، فإن الرجل يكلف بإيقاعه . وإذا كان الطلاق يصدر من الرجل بالوثيقة على هذا النحو ، فهل له أن يوقعه حتى ولو لم يوافق الشرع على ذلك ؟ لاشك أن استنزاح إتمام الطلاق في الشريعة اليهودية على يد الشرع يعتبر شرطاً من شروط الطلاق . وهذا يستلزم أنه إذا لم توافق السلطة الشرعية على الطلاق لعدم توافر المسوغ ، فإن الطلاق لا يقع . فلا « طلاق إلا على يد الشرع » بقدر ما يكون هناك من مسوغات . بل إنه حتى بالنسبة للرأيين الذين يتساهلون في إباحة الطلاق ويجعلونه لمجرد إرادة الرجل ، فإنهم مع ذلك لا يعتمدونه ما لم يكن على يد الشرع ، ولو تولته إحدى السلطات النظامية . ويؤخذ بهذا الحكم من باب أولى لدى القرائين نظراً لتقيدهم بالمسوغ ^(١) .

وعلى ذلك ، فإنه لا يصح للرجل أن يطلق نفسه . وهذا ما أقره المجلس الشرعي لليهود القرائين باجماع أعضائه ^(٢) . بل إنه لا يكفي لدى القرائين ^(٣) أن يوقع

(١) في هذا المعنى ، مراد فرج في تعليقه على شعار الحضر ، هامش ص ١٣٠ .

(٢) وذلك في حكمه في ٢٥ فبراير ١٩١٧ أشار إليه مراد فرج في هامش ص ١٣٠ من شعار الحضر . انظر أسباب الحكم في الموضوع السابق .

(٣) وقد يكون هذا الحكم مقبولاً لدى الرأيين الذين لا يستلزمون بحث المسوغ ، وفي هذه الحالة يكون لزوم أن يوقع الطلاق ، ولو أمام المحكمة في الجلسة ، وتقوم بأبواب لإيقاع هذا الطلاق . مع تسليم الوثيقة والتحقق من الشروط الأخرى للطلاق . ويدور من بعض أحكام المحاكم أنها تأخذ بهذه الفكرة إذ تقرر أنه : « يستطيع الزوج اليهودي الرأى أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون حاجة إلى الالتجاء للمحكمة إلا لأبواب وفق الطلاق ... » ولكن يبدو أن الحكم لا يقر هذا الالتجاء إلى المحكمة =

الزوج الطلاق أمام المحكمة وقوم بإثباته في الجلسة ، ولكن لا بد - في حالة عدم اتفاق الزوجين - من أن يقوم القاضي ببحث المسوغ ، ويقدر ظروفه ، وهذا ما أقرته بعض أحكام المحاكم^(١) . ولكن من بين الأحكام ، التي صدرت بالنسبة للربانيين . ما قضى بأنه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته ، فإن طلاقه يقع . ولا حاجة بعد ذلك إلى الالتجاء إلى القضاء لفصم عرى الزوجية ، ولا قبل دعواه لانعدام المصلحة^(٢) .

== إلا إذا رفض الموق الموقوف به توثيق الطلاق إثبات ذلك ، إذا كان متينا على الزوج أن يلتجئ . إلى الموق ليثبت الطلاق بنفس الألفاظ التي صدرت منه وفق مقتضيات القانون ، فإذا رفض هذا الموق ، كان التجاء الزوج إلى القضاء لإثبات حصول الطلاق من قبل دعوى قطع النزاع (القاهرة الابتدائية في ١٥-٦-١٩٥٨ قضية ٤٨٤ س ١٩٥٨ ك . لصالح حتى ٢ رقم ٦٩٥ س ٥٢٠) . ويبدو من هذا الحكم أنه لا يقر الالتجاء إلى القضاء إلا بصفة احتياطية . مع أن نس المادة ٣٣٦ من ابن شمعون لا يجمل الطلاق صحيحا إلا على يد الشرع .

(١) من ذلك حكم استئناف القاهرة في ٢١-٥-١٩٥٨ رقم ٥٤ سنة ٧٤ ق - خفاجي ورابع من ١٢٦-١٢٧ . فقد أورد الحكم أن « الطلاق لا يقع عند الاسرائيليين القرائين ، في حالة عدم قبول الزوجة ، إلا بمسوغ مقبول شرعا وعرفا » . وجد أن يقدر القاضي هذا المسوغ تقديره الحق » . ولم توافق المحكمة على حكم أول درجته حيث اكتفى بالطلاق الذي أوقعه الزوج في الجلسة ، وقضى مباشرة بإثباته ، بمقولة إن من حق الزوج أن يوقع الطلاق على زوجته ، وما على المحكمة إلا أن تثبت إيقاع هذا الطلاق ، ذلك أن الطلاق ، كما تقول محكمة الاستئناف ، لا يقع عند القرائين إلا بقبول من الزوجة ، فإن كانت غير قابلة ، فلا يقع الطلاق إلا بمسوغ يشرف عليه القاضي ويقدر ظروفه .

(٢) وهذه الأحكام صادرة من بعض المحاكم الابتدائية : من ذلك حكم الاسكندرية الابتدائية في ١٢-١١-١٩٥٧ رقم ٣١ س ٥٦ ك ، صالح حتى ٢ رقم ٦٧٥ س ٥٠٧ ، وكذلك حكمها في ٨-٤-١٩٥٨ رقم ٥٧ س ١٩٥٧ كلى على ، صالح حتى ٢ رقم ٦٩١ س ٥١٨ . وهذان الحكمان بين يهود ربانيين . حسا إنه لا يلزم أن يكون للطلاق مسوغ يفصم القضاء ، كما هو الشأن بالنسبة للقرائين ، ولكن هذا يتعارض مع ما تقتضيه قواعدهم من أن الطلاق لا يصح إلا أمام السلطة الشرعية ، كما قدمنا في الهامش السابق ، إذ يقتضى الأمر إتمام الطلاق أمامه حتى يراقب صحة الوثيقة ، كما يراقب توافر المسوغ أو عدم توافره ، لكي يمكنه حرمان المرأة من حقوقها أو عدم حرمانها .

٢٠٢ مكر (٧) - ج - إيقاع الطلاق : في لوقات معينة : إذا كان الطلاق يتم على ماسبق بالوثيقة ، وعلى يد الشرع ، فانه يتعين ، لكي يقع صحيحا ، أن يكون في أوقات معينة . فلا يصح الطلاق في الأيام الممنوعة . كما لا يصح أن يحصل ليلا إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك . هذا عند الربانيين . ولا يختلف الحكم كذلك لدى القرائين .^(١)

٢٠٢ مكر (٨) - ح - استلزام المسوغ للطلاق : إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشريعة اليهودية ، فان ذلك لا يعني أن يترك لحض مشيئة ، وإنما يلزم أن يوجد مسوغ له . فقد جاء في سفر التثنية أنه « إذا أخذ رجل امرأة وتزوج بها ، فان لم تجد نعمة في عينيهِ . لأنه وجد فيها عيب شيء ، وكتب لها كتاب طلاق ودفعه إلى يدها وأطلقها من بيته ... »^(٢) . وفي صياغة أخرى لهذا النص « .. فاذا لم تحظ في نظره ، بأن وجد بها عيبا ... » . وقد اختلف الربانيون والقراءون حول ما يقصد بمسوغ الطلاق . ولهذا قيل إنه يكفي كسوغ للطلاق أن يرغب الرجل في الزواج بأجل منها ، كما أن له أن يطلقها لإحراقها الطعام . أما القراءون فانهم يفهمون المسوغ على نحو آخر ، فالمسوغ عندهم هو العيب في المرأة ، لا مجرد عدم الحظوة في نظر الزوج . إذ أن عدم الحظوة ما هو إلا

(١) نصت المادة ٣٣٤ بالنسبة للربانيين على أن « أيام السبت والأعياد الدينية لا يجوز الطلاق فيها » . كما نصت المادة ٣٣٥ على أنه « لا يجوز الطلاق يوم الجمعة ضرورة دخول يوم السبت ، ولا أن يحصل ليلاء ، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك » . كما جاء بالنسبة للقرائين كذلك أنه لا يصح الطلاق « في الأيام المنهي عن العمل فيها شرعا » . ذلك أن معنى الوثيقة يقوم بكتابتها والكتابة تعتبر عملا ، فهي لهذا ممنوعة في الأيام الموه عنها (انظر ص ١٣٢ شطار الحضر) .

(٢) الاصلاح الرابع والمشرون ، عدد ١ .

نتيجة العيب ، والعيب هو علة عدم المخطوة^(١) . هذا العيب ينصرف عند القرائن إلى ما لا يحتمل عادة في الخلق أو الخلق ، أو كان ماسا بالدين أو الآداب . فإذا كان هنا محتملا أو يرجى برؤه ، أو لا ماس فيه بالدين أو الآداب ، فليس مسوغا^(٢) .

هذا هو ما ينصرف إليه المسوغ لدى كل من الرابنين والقرائين ، إذ يكفي عند الأولين عدم المخطوة في نظر الزوج^(٣) ، أما الآخرون فإنه يلزم أن يكون بها عيب من العيوب بينها فتأوهم ، هذا فضلا عن توافر مسوغ الطلاق في صور أخرى تعد إخلالا من الزوجة بحقوق الزوجية .

وقد عنى فقهاء القرائين ببيان العيب فقالوا إنه هو ما لا يحتمل كما قدمنا . وقد قسموا العيب إلى قسمين : الأول ما كان في النفس ماسا بالدين ، وهو على

(١) ذلك أن الرابنين يهون عبارة « فإن لم تحظ في نظره بأن وجد بها عيبا » على أن عدم المخطوة يعد مسوغا مستقلا عن وجود العيب في المرأة ، لأنهم أولوا حرف العلة (بأن) معنى لو نصار النص عديم هكذا : « فإن لم تحظ في نظره لو وجد بها عيبا ... » . وهذا بخلاف القرائين الذين يصرفون المعنى إلى غير ذلك ، إذ عديم أن عدم المخطوة إنما هو نتيجة العيب ، ولهذا فإن المسوغ عديم هو العيب في المرأة . وقد استند القرامون في ذلك إلى أن صراحة نص الكتاب تمارض المعنى الذي أخذ به الرابنوني ، إذ المعنى « هو أن تكون عدم المخطوة ملول العيب » لا أن تكون هي العلة . فإن الكتاب لم يجرّد عدم المخطوة من التعليل بل نص عليه ، وهو المسوغ ، بقوله « بأن وجد بها عيبا » ، ليتم الرجل بذلك من أن يطلق بمجرد إرادته » . (شمار الحضر ص ١٢٦ . وانظر في تأييد وجهة نظر القرائين ما جاء بهامش ٢ من الصفحة المذكورة وكذلك : مراد فرج في مؤلفه : القرامون والربانون ، السابق ص ١٣٢-١٣٣) .

(٢) مراد فرج ، القرامون والربانون ، السابق ص ١٣٣ .

(٣) ومع ذلك فقد يتبين طلاق لدى الرابنيتين مسوغ معين هو الزنا وذلك في حالة انتهاك البكارة غصبا أو احتيالا ، إذا طلب من التاعل العقد على البت ، فانها تلزمه شرها إذا كانت حلاله ، ولو كانت ميبية ولها منع الطلاق ، إلا إذا زنت . (انظر المادة ٤١٤ من بين شمعون) .

نوعين : قاصر عليها ، كابتذالها الأيام المقدسة وأكلها النجس أو مالا يحل ، ومتعد غيرها كاطعامها ذلك أو إخطائها الحيض .

والثاني : ما كان في الخلق أو الخلق ، وهو على ثلاثة أضرب : الأول في الصفة والمنظر وهو على نوعين : هين مقبول كالشمس وأثر الجدرى وقصر النظر مع سلامة العينين ، والسحابة غير المضرة بها ، وغير هين لا يقل كالريح الخبيثة في الفم أو الأنف ، والماء ، والصمم ، والجنون ، والحق ، والحرس ، وبالجملة كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها . كذلك سب الوالدين . والثاني ، سوء المعاملة ككثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة . والثالث الابتذال في الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها . وإتيان ما يمس الشرف ، والتماسها منه صريحا ما هو مفهوم ^(١) : ومحل الطلاق من هذه العيوب هو ما دون الهين المحتمل ، حسبما يراه أولو الأمر من أهل الشرع ، لا طالب الطلاق ، فهو يحسم النافه ويعظم اليسير ^(٢) .

= هذا وقد تشدد بعض فقهاء الربانيين الأوائل مثل الامام « تعالى » من واضعي المشنا أو رواته ، فلم يسمح بالمسوغ إلا إذا كان زنا . أما صاحبه « هليل » فقد اكتفى بمجرد عدم الخطوة ، وقد غالى بعضهم في الاستهانة حتى رضى بحرق الطعام ، أو وجود أجل منها . (أنظر المشنا الفصل العاشر في باب الطلاق . أشار إليه مراد فرج : السابق ص ١٤٣) . كما ورد عديم أنها إذا سكنت أول زوجة فلا يلق طلاقا بلا مسوغ ، أى أن استنزام المسوغ لا يكون إلا بالنسبة لأول زوجة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٢٨ من ابن شعون إذ اذقت بأنه « لا يلق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتضى » . فإذا لم تكن أول زوجة ، فيكفى مجرد عدم الميل إليها مسوغا للطلاق .

ولكن القرائن لم يفرقوا بين أن تكون الأولى أو غيرها ، بل الحكم واحد عديم ، وهو المسوغ ، والمسوغ عديم أمر وسط بين الشدة (فلا يستزمون أن يكون هو الزنا فقط ، واللين) فلا يكتفون بدم الميل إلى المرأة فقط (أنظر مراد فرج : السابق ص ١٤٣) .
(١) بل أن طلاق هذه واجب شرعا كما سنرى فيما بعد (أنظر شمار الحنفر ص ١٢٧)
(٢) شمار الحنفر ، ص ١٢٧ .

هذا هو ما يعد مسوغاً لدى القرائين ، ولا محل للطلاق متى كان المسوغ
هنا محتملاً ، فإذا كان غير هين لا يحتمل كان للزوج الطلاق . وتقدير ما إذا
كان المسوغ كذلك إنما يرجع للقضاء كما سنرى .

منع الطلاق حتى بمسوغ : ومع ذلك فإن هناك من الحالات ما لا يمكن فيها
الطلاق مهما كان المسوغ غير محتمل . وقد نص القراءون على حالة مدعى
الثبوة كذباً ، والمغتصب .

١ - ادعاء الثبوة كذباً : إذا ادعى الزوج أنه لم يجد زوجته بكراً ، ثم ثبتت
بكارتها ، فإنه « يمنع من طلاقها عمره ولو وجد بها عيب ، اللهم إلا إن كانت
محرمات أو مشتهيات في حليتها بين العلماء ، أو كان كاهناً وكانت هي ممنوعاته... »
وقد أجاز بعضهم الطلاق إذ وجد سبب قوى كعدم الإيمان بالآخرة ^(١) . ومن
الواضح أن له أن يطلقها في هذه الحالة إذا ثبتت صحة ادعائه . عدم بكارتها ^(٢)

٢ - الفصوبة : وقد نص القراءون كذلك على عدم جواز طلاق الفصوبة
بعد زواجها ممن اغتصبها ، حتى مع وجود المسوغ ، ما لم يكن هذا المسوغ ماساً
بالدين ، وبشرط أن لا تكون محرماً ^(٣) .

(١) أنظر في هذا الموضوع مفصلاً وخاصة من حيث الإثبات والتبويض من ١٢٢ - ١٢٤
شمار الحفر وكذلك من ١٢٧ وأنظر كذلك بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالبكرة المادة ١٥٠
- ١٥٤ من ابن شيمون .

(٢) رقد نصت المادة ١٥٢ من ابن شيمون على هذا الحكم أيضاً .

(٣) أنظر من ١٢٧ وكذلك من ١٤٦ - ١٤٧ من شمار الحفر . وقد تكلم في هذا
الموضع الأخير عن المختل عليها والمكرهة ، وفرق بينها . والمكرهة هي مسلوبة الإرادة
والثانية لم تسلبها . وقد فصل الحكم بالنسبة للعائنين من حيث ما يجب على المتسدى وبين أن
المكرهة هي التي لا يجوز طلاقها مهما كان المسوغ إلا إذا كان ماساً بالدين أو زناً من باب
أول . لما الحاد ، فإنه لا يفرم (هذا المهر إن لم يقتل والدهما زواجها منه) ، كما أن طلاقه
يدخل تحت الحكم العام .

العلم بالمسوغ واثره في طلب الطلاق : لا جدال في أنه إذا وجد المسوغ على النحو السابق ، كان للزوج أن يطلق زوجته ، لكن ماهو الحكم إذا كان علم به من قبل . ثم تزوجها ؟ عرض شعار الحضر لحكم هذه الحالة وبين حقوق المرأة إذا ما طلقت ، مما يفهم منه أنه إذ كان هناك مسوغ يتوفر فيه شرط أنه غير هيئ وغير محتمل ، كان له أن يطلق مع مراعاة اختلاف الحكم في حالة علمه أو عدم علمه قبل الزواج بهذا المسوغ أو في حالة طروئه بعده . فإذا كان المسوغ معلوما للرجل قبل الزواج فلا يطلقها إلا بالمؤجل . ومعنى ذلك أنه إذا لم يكن معلوما قبل الزواج كان له أن يطلقها بلا مؤجل . أما إذا كان المسوغ حادثا بعد الزواج كالأمراض والعاهات ، فإن المؤجل واجب . هذا ما لم يكن المسوغ هو فساد الأخلاق ، إذ لا يجب المؤجل ، لأن فساد الأخلاق تقص في الدين ^(١) .

عدم استلزام المسوغ في حالة الاتفاق : إذا كان لابد من مسوغ ، فإن هذا يلزم دائما على النحو الذي بيناه ، ما لم يكن هناك تراخ بين الزوجين على

== وقد أخذ الرابانيون بهذا الحكم على ما بينا من قبل من حيث منع الطلاق في هذه الحالة إلا إذا كان هناك مسوغ خاص هو الزنا (أنظر بالنسبة لانتهاال البكارة تحسباً واحتيالا لدى الرابانيين المواد ٤١٦ وما بعدها وخاصة ٤١٤ . وأنظر في الفسارقي بين القرائين والرابانيين شعار الحضر ص ١٤٦ - ١٤٧) .

(١) شعار الحضر ص ١٢٧ - ١٢٨ .

ومع ذلك فإن ما جاء بمحاشية شعار الحضر (ص ١٢٠) لا يبدو منه أن للزوج مطلق الحق في الطلاق إذا كان يعلم بالمسوغ من قبل . فقد جاء انه إذا كان الطلاق بلا مسوغ ممنوعا أو موصية ، فكذلك هو ممنوع أو موصية إذا كان الموجب معلوما للرجل من قبل المقد والا فما معنى كونه يطلق وهو لم يجد بها شيئا كان يجبه أو طرأ عليها بعد ، اللهم الا إذا كان مددورا في طلاقه واطمان قلبه لمدوره هذا بأن لم يجد في نفسه قدرة على تحمل الحالة التي بها الزوجية ، وكان يظن أن يتحمل ، أو أن الحالة زادت نوعا عن ذي قبل فتعتبر الزيادة والعال هذه مسوغا جديدا يذر معه الرجل في الطلاق ، فلا يكون جانيا حسبا يراه القضاء .

الطلاق؛ إذ في هذه الحالة لا يلزم المسوغ ؛ وقد نصت القواعد الخاصة بالقرائين صراحة أن لا إطلاق إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات اللهم إلا إذا كان هناك تراخى بين الاثنين ، فان المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه ، بل يطلقها ولو بلا سبب أصلاً ما دامت قابلة «^(١) .

وعلى ذلك فان قبول المرأة للطلاق ، يعنى من تقديم المسوغ^(٢) . وهذا يستلزم أن يكون قبول الزوجة نهائياً ، لا مطلقاً عليه . فاذا طعنت في الاتفاق الحاصل بينها وبين زوجها ، فان قبولها ينتق متى كان لطفها ما يبرره ، وبالتالي يتعين البحث عن مسوغات الطلاق عند الزوج^(٣) . وإذا كان لا يلزم تقديم المسوغ للطلاق في حالة الاتفاق ، فهل يلزم أن يتم الطلاق على يد الشرع كذلك؟ رأينا أنه إذا كانت القواعد الخاصة بالقرائين تستلزم أن يكون للطلاق مسوغ وأن يتم على يد الشرع ، فانها في حالة الاتفاق تستثنى المسوغات ولا تتطلبها ، بل يكون للزوج أن يطلقها دون سبب^(٤) . وإذا كان المسوغ هو الذى يستثنى فقط في حالة الطلاق بالاتفاق ، فان معنى ذلك أنه يبقى الحكم الآخر وهو أن يكون على يد الشرع . ويؤيد ذلك ما جاء في التعليق على هامش شعار الحضر

(١) شمار الحضر ص ١٢٩ وهذا الحكم لا شك فيه بالنسبة للقرائين دون حاجة إلى نص ، ذلك أنه إذا كان للزوج أن يطلق دون رضا الزوجة ، بل بمجرد عدم الميل إليها ، فان من الممكن أن يتم الطلاق بتراضى الطرفين ، ولا داعى للنظر إلى المسوغ إطلاقاً .

(٢) وتظهر أهمية عدم استلزام المسوغ لدى القرائين بصفة خاصة ، نظراً لتشددهم في استلزامه .

(٣) انظر حكم استئناف القاهرة فى ١٩٠٨/٥/٢١ رقم ٥٤ س ٧٤ ق - غنصاى وراجع ص ١٢٦ - ١٢٧ .

(٤) وهذا ما يبدو مما أورده شمار الحضر ص ١٢٩ - كما ينأ أعلاه . وهو ما يؤيده الفقه كذلك : انظر جيل المرقاوى ، السابق (٥٩ - ١٩٦٠) ص ٣٩٧ وهامش ٣ .

للقرائين من « ضرورة مرور الطلاق عليه (الشرع) حتى في حالة التراضي »^(١).

ولكن ما يثير الشك هو ماورد في شعار الحضر بعد ذلك^(٢) عند الكلام عن « إيقاع الطلاق » من أنه : « إذا سلم إليها الوثيقة على يد الشرع ، فطلاق ولو لم ترض . وإذا تراضيا وسلمها إليها ولو على غير يد الشرع ، فطلاق كذلك ما دامت الوثيقة صحيحة » . أى أنه في حالة الاتفاق على الطلاق ، إذا كان لا يلزم المسوغ ، فإن إتمام الطلاق وتسليم الوثيقة يصح ولو على غير يد الشرع . ولكن الواقع أنه إذا كان الطلاق يعتبر واقعا في هذه الحالة بالوثيقة الصحيحة دون بحث لمسوغ الطلاق . فإن تدخل «الشرع» لازم مع ذلك للتصديق على اتفاق الطرفين وإثباته ، بل وللنظر في صحة الوثيقة . مع مراعاة انعدام سلطة تقدير المسوغ في هذه الحالة ، مما دعا إلى الاكتفاء . بالقول بضرورة « مرور » الطلاق عليه في حالة التراضي . ومروره هنا يعنى انعدام سلطة التقدير ورفض الطلاق لانعدام المسوغ . ولكن هذا لا يعنى عدم إمكانه ببحث صحة الوثيقة ، وصحة الاتفاق على الطلاق^(٣) .

(١) أنظر ص ١٢٢ من شعار الحضر بالهامش .

(٢) ص ١٣٥ من هذا المرجع .

(٣) وهذا ما يؤيده حكم استئناف القاهرة السابق في ٢١ - ٥ - ١٩٥٨ من أنه ينبغي لكي لا يبيح في المسوغ ألا يكون الاتفاق على الطلاق لا مطعن فيه .

وعلى ذلك فإن دور القضاء إذا كان ينحصر عن بحث المسوغ ، فإنه يظل فيما عدا ذلك من حيث التصديق على صحة الاتفاق وأقراره ، وصحة الوثيقة . وقد جاء في فتوى صادرة من محكمة الاسرئيليين قدمت في القضية ٢٩ لسنة ١٩٥١ أحوال شخصية أجاب « القاهرة » أنه : « إذا كان الزوجان متفقين على الطلاق ، وتقدما باتفاق على الطلاق بينهما ، فالحكم يكون بالتصديق على الاتفاق وإيقاع الطلاق » (وقد وردت الإشارة إلى هذه الفتوى في حكم القاهرة الابتدائية في ٢١-١-١٩٥٨ رقم ١٨١٠ س ١٩٥٦ ، صالح حتى ٢ رقم ٦٢٨ ص ٨٢) =

توافر المسوغ وأثر ذلك بالنسبة لحقوق المرأة : رأينا أنه لا خلاف بين القرائين والربانيين في أنه إذا توافر مسوغ للطلاق كان للرجل أن يطلق زوجته . ولكن الخلاف ينحصر في أنه هل يمكن أن يطلق الرجل بلامسوغ ، وقد رأينا أن الربانيين يرون إباحة الطلاق لمجرد عدم حظوة المرأة في نظره ، بخلاف القرائين . وفيما عدا ذلك يتفق الفريقان على أن وجود المسوغ يبرر الطلاق . فهو يبرره - لاشك - عند القرائين ، متى كان المبرر عيبا لا يحتمل ، يقدره القضاء . وهو يبرره من باب أولى عند الربانيين ، لأنهم إذا كانوا يحملون للرجل أن يطلق لمجرد عدم حظوة المرأة في نظره ، فإن له من باب أولى أن يطلقها متى وجد مسوغ حقيقي . وإذا كان لنا أن نعرض لأمثله مما يعد مسوغا لدى الربانيين بصفة خاصة في الوقت الذي لا يضعون فيه قيда على ما يعتبر مبررا ، فإن لهذا أهميته مع ذلك بالنسبة لحقوق المرأة ، كما سيتضح فيما يلي .

ثانيا : تطبيقات على الطلاق بإرادة الزوج

٢٠٢ مكرر (٩) **الهدف من دراسة هذه التطبيقات :** إذا كان الزوج أن يطلق بإرادته في الشريعة اليهودية متى توافرت شروط الطلاق ، فإنه يلزم أن يتوافر المسوغ لذلك فضلا عن الشروط الأخرى كما قدمنا . وقد رأينا أن القرائين يقسمون العيب المبرر للطلاق أقساما متعددة . وأنهم يبينون متى تعد تلك العيوب مبررا للطلاق ومتى لا تعد كذلك . وقد عرض الربانيون كذلك لصور متعددة يكون للرجل فيها أن يطلق زوجته استنادا الى مبرر معين . وفي جميع هذه الحالات تكلم القرامون والربانيون عن

= وإذا كان دور القضاء يقتصر في حالة الاتفاق لدى القرائين على هذا ، فإنه يقرب من دوره بالنسبة للربانيين ، مع مراعاة أنه ، حتى في حالة الاتفاق على الطلاق ، بالنسبة للربانيين . فإنه لا يقع صحيحاً إلا إذا تم أمام السلطة الشرعية .

مدى استحقاق المرأة لحقوقها متى قام مبرر من المبررات التي تكلموا عنها ونعرض فيما يلي لبيان متى يقوم المبرر في الحالات التي تعرض لها الرابانيون والقوامون ، كما نبين أثر توافر المبرر على حقوق الزوجة .

(١) **عدم البكارة:** يعتبر عدم البكارة مسوغا للطلاق لدى كل من الرابانيين والقرائين . فقد نصت القواعد الخاصة بالرابانيين على أن « ظهور عدم البكارة يبيح للرجل الطلاق » ، وفي هذه الحالة يثور الأمر بالنسبة لحقوق المرأة . فاذا « أثبت الزوج أنها تصرفت في بكارتها أو هي أقرت بذلك أو أبت أن تحلف اليمين فلا حق لها إلا فيما دخلت به » (م ١٥٣) . وإذا ظهر عدم بكارتها وحلفت بأنها لم تعرف رجلا قبل زواجها ، كان على الرجل أن يرد « مافي المقدم الحقوق مخصوصا منها قيمة المهر الشرعي »^(١) ومن الطبيعي أن يكون عدم البكارة ثابتا . لكن إذا ادعى عدم البكارة كذبا ، فإنه يمنع من طلاقها ، على ما بينا .

ويعتبر عدم البكارة مسوغا للطلاق لدى القرائين كذلك لأنها تدخل تحت مانصوا عليه من « إتيان ما عسى الشرف » . وهم يفرقون بين ما إذا ثبت الفعل بها غتارة أو مكرهة قبل الخطبة ، وبين ما إذا ثبت كون الفعل قبل العقد ، وفي

(١) أنظر المادة ١٥٢ . فاذا « ادعت أن سبب زوال البكارة عارضى صدقت بديقولها العرمان الشرعي » (م ١٥٤) . وقد قضت محكمة النقض أنه اذا كانت الزوجة قد قدمت بائحة ، ثم حكم بطلاقها لعدم البكارة فإن المهر ينضم ما لزوجة من الحقوق حتى ولو لم يطلب الزوج ذلك . والقضاء بهذا لا يبد قضاء في أمر لم يكن مطروحا في الخصومة « ذلك أن الخصومة بين الطاعة والمطون عليه كانت تقوم على تصفية الحقوق المالية التي لكل منها قبل الآخر نتيجة لانضمام مري الزوجة بينها . والمهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق ، فهو يتدرج في عموم دفع المطون عليه لدعوى » أنظر نقض ٢٧ يونيو ١٩٥٧ طن رقم ٣ س ٢٦ في أحوال شخصية . مجموعة المصتب الفنى س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ص ٦٥٢ .

هذه الحالة الأخيرة اقسام العلماء ٠ ولكن صاحب الشعار يخلص إلى أن الرجل غير إن شاء أمسك وإن شاء طلق بلا مؤجل .^(١)

وقد تعرضت شريعة الربانيين والقرائين لاثبات عدم البكارة . ويتفق الطرفان على أن دعوى إنكاره البكارة لا تقبل إذا لم تكن على أثر أول اختلاء بالزوجة . فإذا كان قد اختلى بها قبل الزواج أو كانت دعواه بعد الوقت اللازم ، فلا تقبل لجواز أن يكون قد أبغضها فيفتري عليها .^(٢)

(٣) عيب للمرأة : إذا ظهر أن المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال ، كان للزوج أن يطلقها ، وفي هذه الحالة ينص الربانيون على أنه لا يكون لها عند الطلاق إلا ما دخلت به .^(٤)

ويعتبر عيباً شرعياً كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أى رائحة كريهة في المرأة^(٥) .

(١) أنظر تفصيلاً لهذا في شعار الخضر ص ١٢٢ - ١٢٤ .

(٢) أنظر المادة ١٥١ من ابن شمعون ، وشعار الخضر ص ١٢٢ . وأنظر تفصيلاً في مسألة الاثبات ص ١٢٢ - ١٢٣ من شعار الخضر ، وتنس المادة ١٥٠ من ابن شمعون على أنه « إذا ادعى الرجل أن زوجته ليست بكرًا وهي أنكرت عليه ذلك » وتمذر الاثبات فالرجل يصدق بعد قبوله الحرمان الشرعي » .

(٣) فإذا هي ادعت اليافاة ، فصحت شرعاً ، وبقيت بلا نفقة حتى يتم النقص (١٥٨م) من ابن شمعون) .

(٤) م ١٦٠ من ابن شمعون . وهذا ما يجد عيباً كذلك لدى القرائين ، إذ عندما قد يكون العيب حيناً مقبولاً كالنمش وأثر الجدري ، وقصر النظر مع سلامة العينين ، والسعابة غير المضرة بها . وقد يكون غير هين لا يقبل كالريح الحبيشة في الفم أو الأثف ، والهاء والصمم ، وبالجملة كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطلق احتمالها (ص ١٢٧ شعار الخضر) .

ويفرق بالنسبة لحقوق المرأة بين علم الزوج بالغيب أو عدم علمه به . فإذا كان الغيب ظاهرا غير خفي ، أو علم به الرجل وسكت ، عد راضيا به ؛ وإذا رغب في الطلاق ، مع ذلك ، لزمته حقوق زوجته جميعا . أما إذا لم يكن يعلم بالغيب ، فليس لها عند الطلاق إلا ما دخلت به ، بكرة كانت أم ثيتا ^(١) .

(٣) **تكرر الإجهاض** : نصت القواعد الخاصة بالربانيين علي أنه إذا تكرر الإجهاض بعد الزواج ثلاث مرات تلو بعضها ، جاز للرجل الطلاق ، وللزوجة ما لها في المقدم الحق (م ١٦٧) . وقد نص القرامون على هذا الحكم كذلك ^(٢) .

(٤) **منع الزوجة نفسها عن الزوج** : إذا منعت الزوجة نفسها عن زوجها ، فقد نص الربانيون على أنه ليس لها غيرها هو موجود مما دخلت به ، ولاحق لها فيما اشتراه لها من ماله أو أهدها إليها ، هذا إذا كان امتناعها لكرهيتها إياه (م ١٦٩) ^(٣) . فإذا كان امتناعها لتخاصمته ومنازعته إياها أنذرهما الشرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات في كل أسبوع مرة . فإذا بقيت على امتناعها وأبى الطلاق ،

(١) هذا عند الربانيين ، أنظر المادتين ١٦١ و ١٥٩ على التال . ولا يختلف الحكم كذلك لدى القرائين ، إذ عديم إذا كان السوغ معلوما للرجل قبل الزواج ، فلا يغير مؤجل يطلق ، أما إذا لم يكن معلوما فيلا مؤجل .

وإذا ثار الخلاف حول العلم بالغيب أو الجبل به فإن الربانيين ينصون على أن « إثبات العلم على الزوجة » وعلى الرجل النفي « (م ١٦٢) كما أنه « لا تقبل جهالة الرجل بالغيب حتماً كان خفيا إذا دخل على المرأة ولم يتكلم » (م ١٦٣) .

(٢) فقد جاء في شمار الحضر (ص ١٣٠) أنه « إذا توالى الإجهاض ثلاث إمرات تلو بعضها ، فيسكني يطلقها بالحقوق عدا المؤجل » .

(٣) وعند القرائين ، إذا ادعى امتناعها عنه ، واتضح صدقه وأنها تمنع نفسها عنه يقبها سألوها السبب ، فإن قالت يقضى إياه « وجب عليه طلاقها بلا حقوق » (شمار الحضر ص ١١٧-١١٨) .

انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة . فإذا مضت بلا ثمرة يؤمر بالطلاق ، وليس لها إلا ما هو في جيازتها مما دخلت به (م ١٧٠) ^(١) .

(٥) **كراهة الزوجه لزوجها** : إذا كرهت المرأة الرجل وأبت الطلاق منه ، فقد نص الربانيون على أنها تمهل سنة ، فإذا رغبت في الصلح قبل مضي السنة والرجل بأبى إلا طلاقها فليحبه حقوقها . وإذا كانت رغبتها في الصلح بعد انقضاء السنة فالرجل غدير ، فله أن يطلق ولا حقوق لها (م ١٧٢) ^(٢) . وإذا رفضت الزوجة الطلاق في الحالتين السابقتين ، جاز قبول الطلاق بلا توقف على حضورها أو إرادتها (م ١٧٣) .

وإذا كان للكرهية عند الزوجة عذر مقبول كأن كان الرجل مقامراً أو مسرفاً أو سكيراً أو ساقط الأخلاق أو مهدداً لها في نفسها أو في مالها ، فلا تمد كراهة شرعاً ، وإنما للسلطة الشرعية النظر والحكم في شأنها (م ١٧٥) .

هنا ويراعى أنه لا يجوز للرجل التزوج على زوجته الكارهة قبل طلاقها :
شرعاً (م ١٧٦)

(١) وهذا هو الحكم عند القرائين ، إذ نصوا على أنه إذا كان السبب غير بنسبها له ، كقولها مذي في كذا أو متنى في كذا ، أو لأنه يميني ، أو ما أشبه ذلك ، أمهلها ونصعوا لها ، فإذا بقيت على حالها ، فهي ناسخ وأنذروها بضياع حقوقها فلا ، عدا ما قد يكون في حوزتها من الجهاز . ولا تنطى إليها وثيقة الطلاق قبل سنة ، ولا تلزمه فيها النفقة (شمار الحضر ص ١١٨ وانظر كذلك ص ١١٥) ، وقد جاء بالهامش ١ تطبيقاً على هذا : « لها ترعوى وتنصاع . والمضى أنها لا تقتس لنفسها بالامتناع عن زوجها وإنما تمتلئ ، وإذا كان لها ظلامة . فأما ما الفرع » .

(٢) إذا مضت السنة ولم يحصل صلح وتوفيت الزوجة فلا يؤثر هذا على الميراث . أمه إذا توفى الرجل وكان قد مضى شهر بعد السنة ، لحقوق المرأة ساقطة شرعاً (م ١٧٤) . هذا وتنص المادة ٣٢٧ على أنه « يجوز تسوية أمر الطلاق سنة أو أقل يفرق فيها بين الزوجين في حالة كراهة الزوجة لزوجها » .

(٦) مخالفة الشرع أو الأدب : تعد الزوجة مخالفة للشرع إذا ارتدت أو

أطعمت زوجها بغير علمه شيئا محرما شرعا ، أو تكتمت الطمث حيث يجب عليها الإخبار به ، أو هددت زوجها بالأذى .^(١) وتعد الزوجة مخالفة للأدب إذا خرجت عن اللياقة والاحتشام أو تعدت على زوجها أو أبويه بالسب أو الشتم^(٢) . وإذا ما ثبت على الزوجة مخالفتها للشرع أو الأدب، سقطت حقوقها^(٣) .

(١) المادة ١٧٨ من ابن شمعون . وهذا هو ما جاء في الشار بالنسبة للسبتة بشرع النبي عليه السلام كأن تنذر تنذورا حراما وتبلى بها ، وقد نهى زوجها ولم يمتثل ، أو تخلف باطلا ، أو تطعمه النجس أو ماليس بحلال ، أو تفارشه وهي حائض ، وبالجملة كل مارقة من الدين شرعا أو عرفا ، وهي في هذه الحالات جميعا تطلق بلا حقوق عدا ما يكون في حوزتها من الجواز (ص ١٢٠ - ١٢١ شار الحضر) .

(٢) ١٧٩ م من ابن شمعون ، ويشتر مسوغا لدى القرائين كذلك سب الوالدين (ص ١٢٧ شار الحضر) ويمكن أن يلحق بهذا السب لدى القرائين كذلك ما نصوا عليه بالنسبة للمرأة نفسها للابتذال في الطرق والأسواق بلا علم زوجها ، والمداعية والمخالطة للأديان (ص ١٢٠ وكذلك ص ١٢٧ من شار الحضر) . وهذا في الواقع ما يند سوء سلوك . ولسكن الأمر للزوج فلا يأخذ حكم الزنا من حيث جمل الطلاق إيجابيا كما سترى . والأمور السابقة تدخل في تقدير قاضي الموضوع كما قررت محكمة النقض في حكمها ١٠ يناير ١٩٥٧ رقم ٢٥٠ أحوال شخصية بمجموعة المكتب الثاني ص ٨ عدد ١ رقم ٥ ص ٦٠ .
هذا وقد نصت المادة ٢٣٠ من ابن شمعون على حالة يكون فيها الطلاق من الأمور المستحقة إذ قضت بأنه « إذا ساءت أخلاق المرأة أو خرجت عن الحشمة ، تغير لزوجها أن يخلى سبيلها مع تأدية حقوقها ، ولو كانت أول زوجة له » .

(٣) ١٧٧ م من ابن شمعون . والنس مطلق عند الربانيين ، أما القرامون فينصون على أنها في حالة الخروج من الشرع « تطلق بلا حقوق عدا ما هو في حوزتها من الجواز » . ولكن سقوط حقوق المرأة في هذه الحالة يكون بعد أن يشهد عليها ويندورها بذلك . وقد نص على هذا الربانيون والقرامون فمند الربانيين يكون « على الرجل أن يشهد على زوجته عند مخالفتها الأدب شاهدين عدلين ، ويندورها أملكها بسقوط حقوقها إذا عادت إلى المخالفة » . وهذا يسقط حقوقها عند الطلاق ، وإلا فلا . وهذا المعنى هو ما جاء به شار الحضر (ص ١٢١) إذ يرى علماء القرائين أن تنذر المرأة أولا في آداب الدين بسقوط حقوقها لجواز جمل مبين بها . أما فيما هو من الدين محضاً ، فلا ضرورة للإندار ، ويرجع صاحب الشار تسميم الإندار نظراً لأعمال تطهين الدين في الوقت الحاضر . وإذا وجدت كونها أذنت أو أنكرت كونها طغت ما ينسب لها ، ولا ثبوت عليها صدقت بلسانها .

(٧) عقم المرأة : إذا ثبت عقم المرأة ، فإن القواعد الخاصة بالقرائين تجعل للرجل أن يطلقها ، ويكون لها حقوقها ، عدا المؤجل . وذلك إذا كان قد مضى لعمها عشر سنين ^(١) . وهذا هو الحكم لدى الرابانيين ، إذ ليس للرجل أن يطلق زوجته لعله العقم ، إذا لم يمس لها عشر سنين لم ترزق فيها ؛ وإذا كانت غير بكر ، فخمسة ؛ وفي هذه الحالة يكون للزوجة ما لها من الحقوق في العقد ^(٢) .

خاتمة هذه صور متعددة لحالات يتم فيها الطلاق بمسوخ شرعى ، وقد رأينا مدى ما يأخذ به كل من القرائين والرابانيين ومدى ما للمرأة من حقوق في كل حالة منها . وإذا كان للمسوخ أهميته على هذا النحو ، فأننا نعتقد أن الصور التي عرضناها لها ما هي إلا أمثلة لا يعتبر مسوغا ، والأمر بعد ذلك يرجع إلى القضاء الذى يعرض عليه تقدير المسوخ ، حتى يمكن أن تحرم المرأة من حقوقها أو يقضى لها بها ، بحسب توافر المسوخ أو عدم توافره . وقد رأينا أن القرائين يعرضون لصور

(١) ولا يحسب من هذه المدة زمن غيابه أو مرضه أو اعتقاله . وإذا أجهضت فمن وقت الاجهاض . وإذا ادعته وكذبها صدقت بلماتها (شمار الحفر ص ١٢٠) . وأنظر تعليق مراد فرج بهامش ٢ حيث ينتقد شرط المدة في حالة ما إذا كان عقمها ثابتا حالا بصفة كلية قاطنة لا يرجى منه ، إذ لا معنى للانتظار عليها والحال هذه . ولو أن التزوج على الزوجة غير ممنوع أصلا إذا كان كفوًا . وأنظر كذلك ص ٨٤ من شمار الحفر .

(٢) م ١٤١ و ١٦٤ من ابن شمعون . ويضيف النس الأخير أن العقم على هذا النحو « يوجب على الرجل شرعا أن يطلقها » . وهذا هو التفارق بين نس القرائين الذى يجعل الطلاق للرجل ، فله أن يطلق أولا يطلق ، أما هنا فإن النس يقضى بأنه « يوجب » عليه الطلاق . ولما كانت المادة ١٦٤ تنص على أن « للرجل أن يتزوج عليها إذا قبلت وكان ذا ميسرة » ، فإن هذا يعنى أنه إذا توافر شرط قبولها والميسرة لا يطلقها . مما يفهم منه أن الطلاق ليس إجباريا في جميع الحالات ، فلا يكون إجباريا طبقا لما يفهم من نس المادة ١٦٤ إذا رفضت وكان غير قادر على الجمع بين أكثر من زوجة ، إذ في هذه الحالة يجب الطلاق .

ولا خلاف بين القرائين والرابانيين في كيفية احتساب المدة التى يمكن التطبيق بعدها على مايتنا بالهامش السابق . أنظر كذلك بالنسبة للرابانيين المادتين ١٦٥ و ١٦٦ .

متعددة لما يعتبر مسوغا ، وهي من العمومية ، بحيث تدخل فيها صور كثيرة ، يقدرها القضاء ، فيفرض بحرمان الزوجة من حقوقها متى توافر واحد منها . إذ عندهم - كما قدمنا - قد يكون المسوغ ماسا بالدين ، وقد يكون في الخلُق أو الخلُق . وقد عرضنا فيما سبق لتطبيقات تدخل تحت هذين القسمين الرئيسيين ، وبالإضافة إلى ما بيناه من قبل هناك حالة يتوافر فيها المسوغ ، وتدرج تحت القسم الثاني وهي حالة سوء المعاملة ككثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة .

ثالثا : الوكالة في الطلاق

٢٠٢ مكرر (١٠) الطلاق في مواجهه الزوجه - الرسول والوكيل : إذا توافرت شروط الطلاق ، فانه قد يتم في مواجهة الزوجة ؛ وفي هذه الحالة يدفع الزوج إليها وثيقة الطلاق ، على أن تسلّم إليها بهذا الوصف ، بطبيعة الحال ^(١) . وإلى جانب ذلك فانه يصح أن يتم الطلاق في غير وجودهما معا . وقد يكون الرجل غائبا ؛ وقد تكون المرأة كذلك .

أما بالنسبة للرجل ؛ فان له عند الربانيين ^(٢) ، حتى ولو كان غير غائب عن البلد ، أن يوكل عنه في تسليم وثيقة الطلاق ومشاهدة المطلقه ^(٣) . وفي هذه الحالة

(١) فإذا ماسلها إليها بوصف كونها شيئا آخر غير الطلاق ، ثم علمت وسكت فطالق . وإذا رفضتها فلا طلاق (شمار الحضر ص ١٣٥) . وتنص المادة ٣٥٤ من أين شمعون على أن « يسلم الرجل بيده وثيقة الطلاق إلى يد مطلقتة قائلا لها : استلمى وثيقة طلائك فأنت طالق وصرت حلا لتبري » .

(٢) أما عن القرائين فانه لا يجوز توكيل الرجل غيره بالطلاق (ص ١٢٧ شمار الحضر) وإنما له أن يرسل إليها الوثيقة على يد رسوله .

ويحصل التوكيل أمام السلطة الشرعية وقت الطلاق (م ٣٥٧ من أين شمعون) .

(٣) « يخاطب النائب المطلقة بماضيه : « هذه وثيقة طلائك من مطلقك فلان أسلمها إليك عنه ، فهو مطلقك وصرت حلا لتبره » (م ٣٥٦ من أين شمعون) .

لا يتم الطلاق شرعاً إلا بعد التسليم إليها (٣٥٥ من ابن شمعون) . ونتيجة لذلك يظل الرجل مسؤولاً عن مؤنة زوجته كالمتاد ، حتى يؤدي الوكيل رسالته إذ تظل الزوجة قائمة إلى أن يتم تسليم الوثيقة إلى الزوجة . كما أنه يجب أن يتم تسليم الوثيقة في حياة الزوج حتى يقع الطلاق . وعلى ذلك إذا مات الرجل قبل أن يؤدي الوكيل الرسالة ، فلا يقع الطلاق .^(١)

أما القرامون فقد تكلموا عن إرسال الوثيقة إلى الزوجة على يد رسول . فإذا أرسلها على يد رسوله وتلفت قبل توصيلها فعلاً ، فلا طلاق . كما أنه إذا قض طلاقه بعد تسليم الرسول الوثيقة ، وأشهد على النقض المذكور ، وكان ذلك قبل أن تصل الوثيقة ليدها ، فلا طلاق . أما إذا كان النقض بعد وصول الوثيقة ليدها ، أو حتى في وقت التوصيل ، فإنها تصبح طالقة^(٢) . وإذا أشهد الرجل أن الوثيقة لاغية باطلة فلا طلاق^(٣) ، ما لم يطلق من جديد بوثيقة أخرى .

وقد نص القرامون كذلك على أنه إذا مرض الرسول أو تكاسل ، فله أن يستأنس غيره عنه ، كما أن لهذا أيضاً أن يستأنس ، بشرط أن يكون أميناً

(١) أنظر المادتين ٣٥٨ و ٣٥٩ من ابن شمعون ، وكل هذه الأحكام خاصة بالربانيين ، على أساس أن القرائين لا يميزون الزوج التوكيل بالطلاق .

(٢) هذا ما جاء في شمار الحضر ١٣٦ . ومع ذلك فإنه قد جاء بالتعليق على هذا (هامش ١ من الصفحة ذاتها) أنه إذا كان وقت النقض هو عين وقت التوصيل ، فأرى أن لا طلاق ، فإنه تناقض ، في وقت واحد طلاق وعدول عنه ، فهو كمن يقول لامرأة خذي وثيقة طلاقك ، وقبل أن يسلمها ليدها بالنقل قال لا ، بل عدلت ، فهو غير مطلق .

(٣) وقد جاء بهامش ٢ من المرجع السابق ص ١٣٦ أنه لا طلاق هنا « سواء أكانت الوثيقة تسلت بيد المرأة أم لم تكن تسلت إليها بعد » ، فإن النقض هنا واقع على الوثيقة ذاتها باعتبارها لاغية باطلة رأساً . وينبغي تأويل الشك دائماً إلى جانب المرأة ، ضرورة كراهة الطلاق .

يقينا ، حرصا على الوثيقة وتوصيلها إلى المرأة بالفعل ^(١) . هذا ولما كان لمعرفة الوقت الذي تصل فيه الوثيقة أهميته ، فانه قد نص على أن على القاعمين بأمر الشرع أن يحضروا على أوقات إرسالها أو تسليمها ، فيثبتوها بالدقة والضبط بلا تقديم ولا تأخير ^(٢) .

وبالنسبة للمرأة ، فان لها أن توكل عنها لقبول الطلاق ، وفي هذه الحالة يتم الطلاق بقبول الوكيل . ولا خلاف في هذا الحكم بين الربايين والقرائين ^(٣) ويجب الاشهاد على هذا التوكيل ^(٤)

هذا وتحيز شريعة القرائين للوكيل أن يوكل عن نفسه ، ويبدو أنهم يخالفون الربايين في هذا فاذا حصل توكيل من الوكيل نفسه ، فانه يجب الاشهاد على ذلك أيضا ^(٥) .

(١) ويجب الاشهاد على الرسالة والاستئذان أصلا وفرها ، وأن تكون التوقيعات معروفة لدى الجهة الشرعية الحاصل بها الطلاق ، كما يجب الاشهاد على تسليم الوثيقة إلى المرأة (انظر ص ١٣٧ شعار الحضر) .

(٢) شعار الحضر ص ١٣٦ .

(٣) م ٣٦٠ من ابن شحون وص ١٣٦ و ١٣٧ من شعار الحضر . وقد جاء بهذه الصفحة الأخيرة أنه « لا يجوز توكيل الرجل غيره بالطلاق » وإنما يجوز للمرأة أن توكل بقبوله . كما جاء في ص ١٣٦ أنه « إذا كان التسليم هو على يد وكيل مأذون منها بذلك ، فخطائي منذ وقت هذا التسليم » ولم يكن الوكيل المذكور سلمها إليها بعد .

وتنص المادة ٣٦١ بالنسبة للربايين على أنه « مخاطب الرجل وكيل المطلقة بما نصه : هذه وثيقة طلاق فلانة بنت فلان استلمها عنها ، فقد طلقها ، وصارت حلا لتبرى » .

(٤) تنص م ٣٦٢ بالنسبة للربايين على أنه « يجب أن يكون التوكيل شرعياً بمحضرة شاهدين » . وهذا هو الحكم لدى القرائين كذلك . (انظر ص ١٣٧) . هذا وتنص المادة ٣٦٣ بالنسبة للربايين على أنه « عند حصول الطلاق في وجه وكيل الزوجة تحمحر السلطة الشرعية محضراً به » .

(٥) ولكن الأستاذ مراد فريج من القرائين لا يوافق على ما جاء في شعار الحضر في =

كما انفرد القرامون بإمكان أن يتم توصيل الوثيقة على يد رسول الزوجة .
وفي هذه الحالة إذا أرسلت الوثيقة على يد رسولها ، وتلفت قبل توصيلها فلا طلاق .
وذلك بخلاف ما إذا كان التسليم على يد وكيلها المأذون منها بذلك ، فإنها تعتبر
طالقا من وقت هذا التسليم ^(١) . وإذا وكلت المرأة قبول الطلاق عنها ولكن
الزوج اعتبر وكيلها رسولا ، لا وكيلا . وسلم إليه الوثيقة بهذا الوصف ، ظل
له الحق في المدول عن الطلاق حتى آخر لحظة قبل وصول الوثيقة إلى المرأة .
وإذا اعتبره رسولا عن نفسه لا عنها ، وأبت أن تقبل الوثيقة منه بهذا الوصف
فلا طلاق ^(٢) .

شروط الرسول أو الوكيل : رأينا أن القرائين فقط هم الذين
ينظّمون الأحكام الخاصة بالرسول ، أما أحكام الوكالة فقد نظمها الفريقان معا .
وقد عرض القرامون شروط كل منها ، فأوجبوا ألا يكون الرسول أو
الوكيل وقت التسليم والتسليم أجنبيا (غير يهودي) ، ولا عبداً لآخر ، ولا أخرس

== هذا الصدد ، ويرى منع الوكيل من إنابة غيره عنه ، مالم يكن مأذونا بذلك ، لأن التوكيل
ثقة من الموكل بالوكيل ، ولأن الطلاق يتم شرطا من وقت تسليم الوثيقة إلى الوكيل ، ولو لم
يكن وصلها بعد إلى المرأة خلافا لرسول ، فإن الطلاق لا يتم معه إلا من وقت تسليمه الوثيقة
إلى المرأة لا من وقت أن يتسلمها هو (ص ١٢٧ شمار الحضر بالمهامش) .

(١) ونرى هنا أيضا نفس الأحكام التي سبق أن رأيناها بالنسبة لرسول الزوج .
(٢) وإذا ادعى رسولها الوكالة عنها كذبا وتسلم الوثيقة بهذا الوصف الكاذب ، فلا
أن تقبل منه . ولكنها إذا كانت وكلته يقينا وتسلم الوثيقة عنها بوصف كونه رسولها لا وكيلها
وجاء بها إليها فهي طالق وليس لها أن تنج . وعلى الرسول أن يشهد عليها عند تسليم الوثيقة
إليها ، وعلى اليهود أن يقرأوها قبل التسليم لتحقيق أنها وثيقة طلاق صحيحة . فإذا أنفقت
قبل قراءتها وتسليمها فطلاق فاسد ... (انظر ص ١٢٨ شمار الحضر) .

ولا غير عاقل ، ولا صغيراً ، ولا ممنوعاً من الشهادة . ويجوز أن يكون امرأة^(١) .

أما الرابانيون فقد استلزموا أن تتحقق السلطة الشرعية من أن الموكلة عنها في قبول الطلاق ليست قاصرة أو غير مميزة . إذ أن التوكيل من الصغيرة غير جائز ، وإنما لأبيها أن يقيم لها وكيلاً لقبول الخلاق ، إذا لم يكن إلا مجرد قدس^(٢) .

وقد عرض الرابانيون لصور أخرى يتم فيها قبول الطلاق بالوكالة . (١) فالسلطة الشرعية أن تقيم لمن اعتقت ملة أخرى وكيلاً يقبل عنها الطلاق إذا امتعت (٢) وإذا خرج الزوج عن الملة وأراد أن يطلق في غياب الزوجة أقام لها وكيلاً يدفع إليه وثيقة الطلاق قائلاً له أيضاً « ترك قبول الخلاق عنها » . (٣) إذا فحرت المرأة وتوقفت عن الحضور ، أقامت لها السلطة وكيلاً يقبل الطلاق عنها قائلاً له الرجل أيضاً نفس العبارة السابقة^(٤) .

(١) ولكن يلزم ألا تكون معادية كالحمة وبناتها والفرقة ، وبنت الزوج . إذ لا يوثق بين في الرسالة ، لجواز كونهن يختلفن الطلاق كيدا للمرأة لتتزوج فتحرم على زوجها (انظر ص ١٣٨ من شمار الحضر) .

(٢) المادتان ٣٦٤ و ٣٦٥ من ابن شمعون . وعند الترائين يكون أمر الصغيرة ذات الأب في يده ، يزوجها ويقبل طلاقها . وإذا ملت فلا تطلق حتى تبلغ ، إذ أن الطلاق يكون بتسليم الوثيقة ، فوجب أن تكون مميزة . ولذا فابوها يقبل الطلاق عنها (ص ٧٢ شمار الحضر) .

(٣) المواد ٣٦٦ - ٣٦٨ من ابن شمعون . ويراهي أنه في حالة الخروج عن الملة ، فإن شروط تطبيق الشريعة اليهودية لا تتوافر ، وتكون الشريعة الاسلامية هي الواجبة التطبيق .

الفرع الثاني

الطلاق لحق الزوجة ولحق الشرع

٢٠٢ مكره (١١) محمد: رأينا أن الطلاق يتم بإرادة الزوج ، وأنه يلزم لذلك توافر شروط معينة . كما رأينا أن الطلاق يمكن أن يتم بناء على طلب الزوجة ، أو رعاية لحق الشرع . والواقع أن الفصل بين هذه الصور من صور الطلاق ، سواء لحق الزوج ، أم لحق الشرع لا يتضح بجلاء في المراجع التي بين أيدينا في الشريعة اليهودية . ولعل مصدر الخلط أنهم يتكلمون دائماً عن حق الرجل في الطلاق ، حتى ولو تعلق الأمر بحق المرأة أو بحق الشرع . إلا أنه يمكن القول أنه إذا كان لأي من الزوجين التنازل عن حق الطلاق في صورة من الصور كان ذلك لتعلقه بالحق الخاص لأي من الزوجين . أما إذا تعلق الأمر بحق الشرع ، فانه لا يمكن التنازل عنه . وإذا كان هذا المعيار ليس حاسماً في جميع الحالات نظراً لأن المراجع المشار إليها لا تفرق تفرقاً دقيقاً ، فالتنازل قد حرصنا في الفروض التي أوردناها أن نبرز ما إذا كان الطلاق إجبارياً أم أنه يترك لأي من الزوجين . وإذا كنا قد عرضنا فيما سبق للطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ، فالتنازل في هذا المجال للطلاق الذي يتم مراعاة لحق الزوجة ولحق الشرع . مع مراعاة ماسبق لنا بيانه من أنه إذا أبى الزوج الطلاق فانه يجبر عليه ، وإلا قام القضاء مقامه في هذا الصدد ، على خلاف بين الربانيين والقرائين . ونعرض أولاً للطلاق بناء على طلب الزوجة ، ثم نعرض بعد ذلك للطلاق مراعاة لحق الشرع .

أولا : الطلاق لحق الزوجة

٢٠٢ مكرور (١٢) استلزام المسوغ - تطبيقه : إذا كان للزوجة أن تطلب الطلاق ، فإنه يتعين أن يكون لذلك مسوغ ، وفي هذه الحالة يجبر الرجل على الطلاق « فكما تطلق المرأة مختارة ومكرها ، يطلق الرجل كذلك مختاراً ومكرهاً » . وهذا هو مذهب القرائين ، بخلاف الريانيين الذين يرون « أن الرجل يعقد مكرهاً ويطلق مختاراً والمرأة قبل المقد عليها مختارة وتطلق مكرها » ، مع أن الريانيين يقولون بإجبار الرجل شرعاً أو سياسة ليطلق ويعطى وثيقة الطلاق . ويفسر صاحب شعار الحضر موقف الريانيين في هذا الصدد بأنه « ربما كان المعنى عندهم أن يكون الإجبار ليرضى ، أما ترضى المرأة ، فلم يحطوا به ^(١) » .

وقد أورد شعار الحضر حالات يكون فيها للمرأة طلب الطلاق حيث يتوافر المسوغ ، فنص على أن « محل تكليف الرجل بالطلاق ما إذا تزوج إلهياً غدرا بها ... أو إذا قصر فيما عليه من الواجبات الشرعية ، أو مرض وأزمن المرض وقطع رجاء الشفاء ، أو إذا كان عاقراً ، أو كان به شيء لا يحتمل كبحر الفم أو الأنف أو غير ذلك ... » ^(٢) . علي أنه إذا كانت الحالات السابقة ليست على سبيل الحصر ^(٣) ، فإنها من العمومية بحيث تدخل تحتها صور كثيرة

(١) شعار الحضر ، ص ١٢٨ . وقد جاء بهامش ١ من هذه الصفحة أن الرجل يمتد مكرها في حالة ما إذا اغتصب الفتاة « فلها أو لأبيها شرعاً تزويجها به » ، ملاحظة للأمر . ولكنه قد لا يقبل ، فإذا قبل فبرضاء على كل حال . نعم قد يتوقف أهل الشرع من تزويجها بغيره أو يحرمونه الحرمان الشرعي حتى يتزوج بمنصوبته أو يرضيها . ولكن زواجها بها على كل حال بيد في الحقيقة برضاء ، فإن له أن لا يقبل .

(٢) شعار الحضر ، ص ١٢٨ .

(٣) فقد ذكرت حالات أخرى في غير هذا الموضوع يكون فيها للمرأة طلب الطلاق من =

تعد مسوغات تجعل للمرأة طلب الطلاق .

أما بالنسبة للربانيين ، فقد نص كذلك على صور يتوافر فيها المسوغ ، ويكون للمرأة طلب الطلاق . ويراعى في شأن الربانيين أنه إذا كان يباح للزوج أن يطلق ولو لمدم الميل إلى زوجته ، فإنه ليس للزوجة أن تطلب التطليق إلا للمسوغ معلوم ، وإذا ما تحقق القضاء من توافره كلف الرجل بالطلاق على نحو ما قدمنا . فدور القضاء يختلف في تقديره للمسوغ بحسب ما إذا كان طالب الطلاق هو الرجل أم كانت هي المرأة .

وسنعرض فيما يلي لما ورد من تطبيقات في هذا الشأن ؛ سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين ، حيث يتوافر فيها المسوغ ، بالنسبة للمرأة ويكون لها أن تطلب الطلاق .

١ - المرض المانع : إذا قام بالرجل مرض مانع ، وأزمّن هذا المرض ، ولم يكن هناك أمل في شفاؤه جاز للمرأة طلب الطلاق . ولا بد في هذه الحالة أن يكون المرض مانعا من المباشرة ، كما لا بد أن يستمر مدة معينة هي ستة أشهر ، وبشرط أن يقطع رجاء الشفاء . فإذا كان يرجى شفاؤه ، كان للسلطة الشرعية مد المهلة . وقد نص الربانيون والقرامون على هذا الحكم^(١) ، وفي هذه الحالة ،

= ذلك ما نس عليه من وجوب النفقة والكسوة والاحصان ، وإلا فالطلاق إذا قصر . ما لم تنف ، (انظر ص ١١٩ - ١١٣ من شمار الحضر) ، وإن كانت هذه الحالات تدخل تحت ما يلزم به الزوج لزوجته من الناحية الشرعية .

(١) فقد أورد ابن شمعون م ١٢٧ أنه « إذا منم الرجل مرض صيرت امرأته ستة أشهر . فإذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ... » ونصت م ١٢٨ على أنه « إذا كان المرض يرجى شفاؤه فسلطة الشرعية مد المهلة » . وبالنسبة للقرائين « جاء في شمار الحضر ، (م ١٢٨) أن الرجل يكلف بالطلاق « إذا مرض وأزمّن المرض وقطع رجاء الشفاء » كما جاء (م ١١٣) أنه إذا كان مريضا ومنعه المرض عنها ستة أشهر « وطلب الطلاق الزمومه .

إذا ما توافرت شروط هذا السبب ، عدا مسوغا للطلاق ، ويحكم للمرأة بحقوقها^(١) .

٢ - العنة والعقم : إذا كان الرجل عنتا أو عقيم الماء جاز للمرأة طلب الطلاق . ولا خلاف في هذا الحكم لدى الربانيين والقرائين^(٢) . ويستلزم الربانيون لجواز طلب الطلاق في هذه الحالة أن تكون « الزوجة في عوز إلى غلام » ، وأن يكون قد مضى عشر سنين إذا كانت بكر أو خمس سنين إذا كانت ثيبا ، طبقا لما سبق بيانه بالنسبة لعقم الزوجة ، وألا يكون غرض الزوجة هو حصولها على حقوقها^(٣) .

وإذا ما تحققت العنة أو العقم ، وتوافرت الشروط المطلوبة ، كان للمرأة أن تطلب الطلاق ، وفي هذه الحالة يكون الحكم به واجبا ، فيكلف الرجل

(١) وقد جاء في م ١٢٧ للربانيين أنه يكون لها « مؤجل الصداق » . كما جاء في شمار الخضر (ص ١١٢) أنه يكون على الرجل « كل ما لها في ذمته » ، ما لم تنف (أى ما لم تنف من الطلاق تمفنا وتأديا)

(٢) انظر م ٢١٠ للربانيين وكذلك ص ١١٢ و ١٢٨ من شمار الخضر وكذلك « القراءون والربانيون » لمراد فرج ١٦٩ .

(٣) وقد نص القراءون على شرط المدة وأوجبوا ألا يكلف الزوج بالطلاق - إذا ما طلبته الزوجة - قبل عشر سنين .

وأنظر في تطبيق هذا السبب لدى الربانيين حكم الاسكندرية الابتدائية (في ١٢ مارس ١٩٥٧ رقم ١ ص ١٩٥٧ غير منشور) وقد جاء به « إذا لم يثبت ما تتطلبه الشريعة الموسوية في المواد ١٦٤ و ١٦٥ و ٢١٠ و ٢١١ من كتاب حاي بن شمعون » فان العنة لا تتوافر ، وخاصة إذا لم تثبت على وجه قاطع « بل يثبت على الترجيح » كما أنها قابلة للشفاء حسبما ورد بالفتوى الطبي الشرعي « كما لم يثبت أن المدعية في حاجة إلى غلام - وأم من ذلك كله لم تمنع على مباشرتها زوجها مدة عشر سنين لأنها بكر - وبهذا فان استنادها إلى عنة الزوج لا يملح سنداً لتطبيقها » .

ويلتزم به . وللزوجة في هذه الحالة حقوقها ، فلها مهرها وكل ما دخلت به ^(١) .

هذا وقد نصت المادة ٣٢٩ للربانين على صورة خاصة لا يكون للمرأة فيها طلب الطلاق حيث لا تتوافر الشروط السابقة ، ولهذا يحمل النص أمر الطلاق للرجل ، ويجمله من الأمور المستحسنة . فقد نص على أنه « يحمل بالرجل أن يطلق امرأته إذا كان لا يصلح للنساء ، وقد عالج نفسه ثلاثة سنين ، ولم ينجح فيها علاج » .

٣- عيوب الرجل : يجوز للمرأة طلب الطلاق إذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه أو فمه ، لأنه يشتغل دباغاً أو ما أشبه ذلك . وفي هذه الحالة إذا كان العيب لا يحتمل ، تجبإ إلى طلبها ويكاف الرجل بالطلاق . والمهم في هذا الصدد هو ألا يكون العيب محتملاً . فإذا كان محتملاً لا تجب الزوجة إلى طلبها ^(٢) .

(١) تنص المادة ٢١٣ من ابن شمعون على أنه « إذا كان عقم الرجل محققاً وجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان » . كما جاء في شمار الخضر أنه إذا كان الرجل عتيباً وطلبت الطلاق « ألزموه به » وفي هذه الحالة يكون عليه كل ما لها في ذمته ما لم تنف (س ١١٣) وفي س ١٢٨ جاء أنه يكلف بالطلاق في هذه الحالة « وفي س ١٢٠ جاء أنه « إذا ثبت عقمه فلها طلاقه بمحقوقها » .

هذا وقد تعرضت القواعد الخاصة بالفريقين لمسألة اثبات العنة ، فجاء في شمار الخضر (س ١١٩) أنه « إذا ادعت العنة صدقت بلعانها » فهي أولى من غيرها « - وجاء في هامش ٣ « قد تكون كاذبة أو تنمذ الكذب وتلائم مع ذلك . فإذا كابرها الرجل وطلب الإثبات طلياً أوجب إلى طلبه . كما جاء في هامش ١٣٠ أنه « إذا نسب كلامها القم إلى الآخر وادعت هي أن سببه العنة صدقت بلعانها . وما عدا ذلك يحكم فيه الطب » . أما الربانين فقد نصت المادة ٢ على أنه « يجب أولاً أن تقبل الزوجة الحرمان الشرعي على نفسها بأنها صادقة وحسنة النقص » .

(٢) ولا خلاف حول هذا الحكم لدى القرائين والربانين . فقد جاء في شمار الخضر (س ١٢٨) أن الرجل يكلف بالطلاق « إذا كان به شيء لا يحتمل » كخبر القم أو الأنف =

٤ - تقصير الزوج فيما عليه من الواجبات الشرعية : وهذا في الواقع سبب عام شامل لجميع الحالات التي لا يقوم فيها الزوج بواجباته الشرعية نحو زوجته . وقد أورد شعار الحضر هذا المسوغ على ما يتنا من قبل ، وينطوى تحته كل إخلال بواجب من الواجبات التي تفرضها الشريعة على الزوج ، طبقاً لما سبق عند الكلام عن آثار الزواج حال قيامه ^(١) . سواء كان الإخلال بواجب من الواجبات المشتركة بين الزوجين ، أم بواجب يفرضه عليه القانون للزوجة . وقد عرض كل من الربانين والقرائين لأثلة من هذا الإخلال من جانب الزوج ، والذي يتوافر معه المسوغ للمرأة في طلب الطلاق . من ذلك ما نص عليه من إخلال الزوج بالتزامه بحسن المعاشرة ، عن طريق الإساءة إليها بالضرب مثلاً إذ نص الربانيون على أنه إذا اعتاد الرجل ضرب زوجته جاز إجابة طلبها الطلاق ^(٢) .

أو غير ذلك . انظر كذلك : مراد فرج : القراءون والربانيون ص ١٦٩ . كما نصت ٢٠٦ م للربانيين على أنه « إذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه أو فمه أو لأنه يشتغل دياناً وما أشبه جاز إجابة طلب زوجته الطلاق » . كما نصت ٢٠٨ م على أنه « ومع ذلك فسلطة الشرعية النظر والبصل في عدم استنطاعة الزوجة تحمل زوجها » . ومن الواضح أن هذه البببب المذكورة ليست إلا أمثلة ، كما أن لتقضاء الفصل في مدى إمكان تحمل الزوجة لهذا اليببب ، ولهذا لا يكف الرجل بالطلاق إلا إذا غررت المحكة أن اليببب لا يحتل .

هذا وقد عرضت المادة ٣٠٧ للربانيين لحالة ما إذا هللت الزوجة بالرائحة أو الحرفة ورضيت ، إذ لا يكون لها طلب الطلاق في هذه الحالة . كما يراعى أن هذا اليببب يد سبباً لرفض المرأة الزواج من أخ زوجها في حالة الارصاد الشرعي (انظر م ٢٠٩ من ابن شمعون) (١) انظر فيما سبق رقم ١٤٧ مكرر (٤) وما بعدها ص ٧٦٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) م ٢١٦ . ولا بد أن يثبت أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته وإلا لا يقضى بالطلاق وهذا ما أقره القضاء « استئناف القاهرة في ١٩٥٦/٤/٢٥ رقم ١٤ ص ٧٢ » . خلاصتي وراجع ص ١١٢ . بل إنه إذا هلته الشرع أن لا يعود إلى ضرب زوجته وحتت ، أمر بالطلاق ودفع الحقوق (٢١٧ م) . كل هذا ما لم يكن للضرب باعث شرعي . فإذا كان =

ومن ذلك ما جاء بالنسبة لالتزام الزوج بالمساكنة ، إذ ليس له أن يسافر إلا بأذن من الزوجة . وفي هذه الحالة ينص الربانيون على أن للسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته . إذا كانت الجهة المراد الانتقال إليها غير مراقبة مهبا كان اضطرابه (م ١٩٤)^(١) .

= له باعث شرعى من جهة الزوجة فلا يصح لها طلب الطلاق (م ٢١٨) . وهذا الحكم يمكن إعماله لدى القرائين - انظر ص ١١٥ شعار الحضر .

وفيما يتعلق بالاختلال بالالتزام بحسن المعاشرة كذلك نص الربانيون على أنه إذا « تكدرت المعيشة لسوء أخلاق الزوج ... جاز لزوجته طلب الطلاق » . كما نص القراءمون على حالة ما إذا تصف الزوج في معاملة زوجته « إذا نذر أن لا تتزين بشيء من الحلى أو لا تتنسل أو لا تعير شيئاً أو لا تزور أحداً لارتياحها فيها » أيج نذره وقتاً ما ثم يحله . وإذا امتنع طلق بالحنوق . وإذا حلف بطلت عينته ، شأ كل عين لا توافق الشرع أمراً أم نهياً ، منظوقاً أم منهوياً » (ص ١١٧ شعار الحضر) . كما نصوا كذلك على أنه « إذا منها من أقاربها أو من الخروج لولية أو ماتم بلا موجب أو سبب وتثبت بالطلاق لزمه بمحقوقها ، ما لم يبد عذراً مقبولاً » (ص ١١٦ المرجع السابق) .

(١) ويمكن أعمال هذا الحكم كذلك لدى القرائين إذ نصوا على أنه « إذا طلبت منع زوجها من المهاجرة ، لما في ذلك من حرمانها منه ، فله شرع إجابة طلبها » (شعار الحضر ص ١١٩) .

وفي حكم المحكمة استئناف القاهرة عرضت المحكمة لحالة غيبة الزوج وسفره المبرر بالطلاق لدى الربانيين . وبسبب إشارتها إلى المواد ١٢٩ و ١٤٢ و ١٩٤ من ابن شمعون قضت بأنه « يمكن القول بأن الغياب الذي يعتبر سبباً لطلاق في الشريعة الاسرائيلية هو الذى يكون لغيره غير مقبول ، وأن تكون الغيبة في بلد في الخارج غير موافق لإقامة الزوجة ، وأن يقصد تلك الغيبة المهجر المقرون بنية وضع حد للحياة الزوجية المشتركة » وأن تكون قد قضت مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب . فإذا لم تتوفر هذه الضمان لا يعتبر المهجر سبباً لطلاق . وإن المحكمة تحتفظ للاستأنفة بالحق فيما إذا تطور الغياب وأدى الى هذه الضمانات أن تضع في الحين المناسب ، إذا شئت ، هذه الظروف أمام المحكمة المختصة بدعوى مبتدأ لنصل فيها بما تؤدي اليه من نتائج وتبها للفرع » (استئناف القاهرة في ١٩٠٦/٤/٢٥ رقم ١٤ ص ٧٢ ق - خلاصي ورابع ص ١١٤)

وفيا يتعلق بالتزامه بالمخالطة ، فإن للمرأة على الرجل حق مباشرتها بما يتفق وقوته وصحته وظروفه بصفة عامة ، وليس له أن يمنع هذا الواجب ، وإذا كان من المنع تعذيبها . فانه بعد ظالما ومخالفا للشرع . ولهذا نصت الشريعة اليهودية على أنه إذا منع نفسه بلا موجب من مرض أو نحوه ، عذكارها لها ولزومه طلاقها مع أداء حقوقها ^(١) .

وفيا يتعلق بالتزام الزوج بالاخلاص والأمانة ، فإن على الرجل عدم الاختلال به ، وإلا كان للزوجة طلب الطلاق . وقد نص الرابانيون (م ٢١٦) على أنه « إذا اعتاد الرجل الزنا ... جاز إجابة طلبها الطلاق » . وهذا الحكم مفهوم كذلك لدى القرائين ، وإن كان يكفي عندهم أن يقع الزنا ولو مرة واحدة دون اعتياد ، كما هو الحال عند الرابانيين ^(٢) .

وبالنسبة للالتزام بالاتفاق فانه يقع على الزوج ، كما قدمنا ^(٣) . وقد نص الرابانيون على أنه « إذا تكثرت المعيشة .. لتشدده (الزوج) في الاتفاق ،

(١) وهذا الحكم لدى الرابانيين والقرائين انظر المواد ١٠٦ و ١٢٤ و ١٢٥ و ٢١٤ من ابن شمعون . وتنس هذه الأخيرة على أنه « إذا منع الرجل نفسه عن زوجته بلا موجب عذكارها ولزومه طلاقها مع أداء حقوقها » . وواضح أن الحق في طلب الطلاق للمرأة بدليل ما نصت عليه المادة ١٢٦ من أن « للزوجة أن تنفوا استثناء يمولودين ذكر وأنثى » . وعند القرائين نصوا كذلك على إحصان الزوجة بسدم الإقفال من عادته ، والاعراض من الزوجة قصداً ، وللشرع نية عن الاعراض ، وإذا طلبت الطلاق ألزموه به . أى أن الطلاق واجب في هذه الحالة ، ما لم تنف الزوجة (م ١١٣ - ١١٣ شمار الضمر) . كذلك نصوا على حالة ما إذا ادعت المرأة اعتزاله إياها ، واتضح صدقها وأنه هاجر لها يقينا أمهله الشرع وأنذرهم « فإن بقي على حاله جاز طلاقها منه بحقوقها دون ما يكون قد أعطاه » (م ١١٧ شمار الضمر) .

(٢) انظر فيما سبق م ٧٧٤ وهامش ٣ من هذا الكتاب .

(٣) انظر فيما سبق رقم ١٤٧ مكرر (٧) م ٧٧٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

جاز لزوجه طلب الطلاق» (م ٢٢١) وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين^(١).

٥ - **عمود الرجل** : نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أنه « إذا أعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق، وبقيت حقوق الزوجة دينا في ذمته^(٢) » والواقع أن هذه الصورة وثيقة الصلة بالسبب السابق وما يدخل تحته من صور تعد التزامات شرعية يلتزم بها الزوج لزوجه. ونظرا لأن الزوج لا يمكنه القيام بالاتفاق أو حتى بالقوت الضروري. ولهذا يباح للزوجة أن تطلب الطلاق، ويلزم به الرجل مع بقاء حقوق الزوجة دينا في ذمته.

والواقع أن هذه الصورة لا تتفق مع ما يجب أن تتم به العلاقة الزوجية من البعد عن الماديات؛ فضلا عن أنه لا يتفق كذلك مع واجب المودة المتبادل بين الزوجين في السراء والضراء.

٦ - **إطعام الزوجة غير الحلال** : نصت المادة ٢١٦ للربانيين على أنه إذا اعتاد الرجل .. إطعامها غير الحلال؛ جاز إجابة طلبها الطلاق»

٧ - **تكدر للعيشه لسوء اخلاق الزوج** : إذا تكدرت المعيشة لسوء أخلاق الزوج، فقد نصت المادة ٢٢١ م بالنسبة للربانيين أن هذا يجوز لزوجته طلب الطلاق.

(١) ولم يلزمون الزوج بالنفقة والسكوة، وإلا فالطلاق إذا قصر ما لم تنف (انظر ص ١١١ - ١١٣).

(٢) م ٢١٥ - وتظل حقوق الزوجة بعد الطلاق الى ميسرة الزوج. انظر م ١٦٨ وكذلك م ٢٠٥ من ابن شمعون.

٨ - **الزواج على الزوجة** : أورد شمار الحضر ضمن مسوغات طلب الطلاق من جانب المرأة حاله ما إذا تزوج الرجل عليها غدرا بها . ويتوافر هذا السبب ولا سيما إذا كانت الزوجة الثانية أجنبية ، أى غير يهودية ^(١) . وفى هذه الحالة ، يكلف الرجل بالطلاق .

ومن الواضح أن المبرر فى حالة التدوير الإضرار بالزوجة الأولى ولا سيما إذا كانت الزوجة الثانية غير يهودية . أما إذا لم يكن ذلك غدرا بها ، فإنه لا يكون للزوجة الأولى طلب الطلاق إذ التعدد ليس ممنوعا فى الأصل ، ما لم يتوافر عدم إحصانها من حيث إقباله على الثانية وإعراضه عن الأولى ؛ إذ المفروض أن يعدل ، لما ورد من قوله « لا تأخذ امرأة على أختها ظلما لها » . وللشرع فى هذه الحالة نهى الرجل عن الإعراض وإذا طلبت الطلاق الزوجه به . حيث يتحقق الإضرار بالزوجة الأولى بالإعراض عنها ^(٢)

(١) استنادا الى ماورد « ولم يتدر بأمرأة صباك » وما ورد « واتخذ من غير الدين » انظر ص ١٢٨ شمار الحضر .

(٢) انظر ص ١١٣ واحظر كذلك ص ٨١ وما بعدها من شمار الحضر .

ويراعى أن تعدد الزوجات ليس ممنوعاً فى الشرعة اليهودية ، طالما توافر شرط عدم الإضرار بالإقبال على الواحدة والأعراض عن الأخرى ، أى بشرط العدل والمقدرة . وقد حدهم الرابانيون بأوج « حتى ولو كانت ميسرة الرجل تسمح بالزيادة » لأن الإحصان شرط لازم . وهم يستدلون ببسبنا يعقوب عليه السلام من حيث أنه جمع بين أربع . هذا هو مذهب الرابانيين ، وإن كانت المادة « من ابن شعون تنص على أنه « لا ينبغي للرجل أن يكون له أكثر من زوجة » وعليه أن يحلف علينا على هذا حين المقد » وإن كان لا حجب ولا حصر فى متن التوراة . ومفهوم هذا أن الرجل إذا تزوج عندما يحتمل فى يمينه فيرتكب معصية دينية فقط ، ويمكن أن يطبق حكم الرابانيين بسبب هذا من حيث امكان الزوجة الأولى أن تطلب الطلاق للاضرار بها ، إذ من المفروض أن تقبل الزوجة الأولى أن يتزوج زوجها بأخرى =

ثانيا : الطلاق لحق الشرع

٢٠٢ عكرو (١٢): بيان الحالات التي يتم فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع :

إذا كان الرجل يلزم بالطلاق ويكلف به مراعاة لحق المرأة ، فانه قد يلزم به كذلك مراعاة لحق الشرع . ويتفق القراءون والربانيون حول فكرة جعل الطلاق لحق الشرع ، مع اختلاف في بعض التفاصيل . ومن الحالات التي يتم فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع ما سبق لنا يئانه من قبل عند الكلام عن الجزاء على شروط الزواج ^(٩) ؛ إذ رأينا أن هناك حالات كان من الواجب أن ترتب البطلان كجزاء ، ولكن الشريعة اليهودية تلجأ فيها إلى إجبار الرجل على الطلاق . ومن الحالات ما يجبر فيها الرجل على الطلاق مراعاة لحق الشرع كذلك ، إذ لا يتعلق الأمر في الواقع بحالات كان من اللازم ترتب البطلان كجزاء لأن المقد يقوم سليما من حيث توافر شروطه وأركانه كما لا يتعلق فيها بحق الزوج ولا بحق الزوجة .

== حالة ما اذا كانت الأولى ماقرا ومضت مدة مينة . وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٤ من ابن شمعون من أن « عقم الزوجة عشر سنين أو خمس اذا كانت ثيبا يوجب على الرجل شرعا أن يطلقها » ولها ما لها من الحقوقي في المقد « والرجل أن يتزوج عليها اذا قبلت » وكان ذا ميسرة . هذا وقد نص الربانيون على جواز التعدد متى كان الرجل في سعة من العيش . وكان يستطيع العدل بين زوجاته « أومتى كان له مسوغ شرعي (انظر ص ٩٥) .

ولا يمنع القراءون التعدد كذلك « اذ قرجل أن يتزوج عليها اذا مضى على عقمها عشر سنين واشتاق الذرية لقوله « وكان منذ عشر سنين لمقام ابراهيم بأرض كنان » « ولو كان في زواج الثانية ما فيه من الاضرار بالأولى « فانه يشير الاضرار مباح له أصلا » ولو من أول سنة وأن يطلق اذا شاء « ولا يلزمه المؤجل » ما لم يكن المقم منه . بل عليه أن يطلق والحال هذه اذا شامت المرأة . أما الزواج على الزوجة لالة المقم . ، فلا ميثاق له وأنما شرطه ... أيضا المدالة ... » (ص ٨٤ شمار الخضسر) .

(١) انظر ما سبق رقم ١٢٦ مكرر ص ٦٧ وما بعدها .

أما عن الحالة الأولى حيث يلزم الزوج بالطلاق بدلا من البطلان ، فإن منطق استلزام توافر شروط معينة لقيام الزواج صحيحا ، كان يؤدي إلى جعلها باطلة ، ولكن الشريعة اليهودية توجب الطلاق ، وهي بذلك تخفف من فكرة إنهاء الزواج بأثر رجعي .

من ذلك ما رأيناه بالنسبة لموانع الزواج . ففي حالة ما منع القرابة توجد حالات لا يقضى فيها بالبطلان ؛ وإنما يجبر الرجل على الطلاق ^(١) . ومن ذلك ماورد بالنسبة لممنوعات الكاهن ^(٢) ، والمطلقة بعد عقد الغير عليها ^(٣) ، والمطلقة للزنا إذا تزوجت بمن زنى بها ^(٤) ، والمختلعة إذا تزوجت بمن اختلى بها ^(٥) . هذا إلى جانب صور أخرى نص عليها القسرامون كما بينا ^(٦) . هذا عن الحالة الأولى الخاصة بموانع الزواج ، حيث يقرب الطلاق كجزء مراعاة لحق الشرع .

(١) أنظر المادتين ٣٨ و-٤٠ من أين شمعون . وانظر كذلك ما أوردته القرامون بالنسبة للأخذ السادس من مآخذ التحريم ، ص ٤٧ وما بعدها وكذلك ص ٦١ من شمار الحضر . وانظر فيما سبق ص ٦٧١ وهامش ١ من هذا الكتاب .

(٢) وعند الرابينين إذا تزوج الكاهن بمن تحرم عليه « أجبر على الطلاق » (٤٦م) وفي حالة ما إذا تم الزنا اغتصبا ، فإن الزوج يحرم شرعا على الكاهن ، وهذا بوجوب طلاقها مع بقاء حقوقها « (١٨٥م) . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرنيين ، إذ بالنسبة لممنوعات الكاهن إذا كان يحرم الدخول بين إلا أن المقعد ينفذ شرعا ويحتاج إلى الطلاق وأثر شمار الحضر ص ٩٧ وص ١٠٥ - ١٠٦) .

(٣) أنظر سبق ص ٦٧١ هامش ٣ .

(٤) أنظر ما سبق ص ٦٧٢ هامش ١ .

(٥) تنص ١٦٠ من أين شمعون على أنه « تحرم المختلعة على من اختل به ، وإذا عقد عليها كلف شرعا بطلاقها » .

(٦) أنظر ما سبق ص ٦٧٢ وهامش ٢ و ٣ .

أما عن **المادة الثانية** فإنها تتعلق بحالات يجب فيها الطلاق لا لحق المرأة وألا لحق الرجل نفسه ، وإنما لحق الشرع نفسه . ولهذا لا يكون للرجل أن يتنازل عن حقه ، كما لا يكون للمرأة كذلك أن تتنازل ، إذ الطلاق يكون واجبا بصرف النظر عن موقف أى منها ، نظرا لتعلق الأمر بالنظام العام .

١- **الزنا** : نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أنه « إذا ثبت شرعا زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها يلاحق »^(١) . ففى ثبت ، كان طلاقها واجبا شرعا ، لأنها تصين محرمة على زوجها .

إنما يتعين أن يثبت ارتكابها للزنا^(٢) ؛ وأن يكون ذلك عن عمد ؛ برضاها^(٣) . وعند القرائن كذلك يجبر الزوج شرعا على الطلاق إذا زنت زوجته ، وفى هذه الحالة تسقط حقوقها عدا ما يكون فى حوزتها من الجهاز^(٤) :

(١) م ١٨١ ، وهذا هو حكم المادة ١٧٧ التى تنفى بأن « تسقط حقوق الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأب أو زنت » . وقد نصت م ١٨٣ على أنه « ليس لمن ثبت عليها الزنا عند الطلاق غير ما هو موجود مما دخلت به . فاقتد أو سرق أو تلب أو بيع ، لاحق لها فيه » . وانظر كذلك المادة ٣٤٧ التى تنفى بتكليف الرجل شرعا بطلاق امرأته إذا كان هو السبب فى طلاقها من غيره برئاء منها ، ولا يلزم بحالها من الحقوق .

(٢) ذلك أن المرأة قد ترمى نفسها بالزنا ابتغاء التخلص من الرجل والتزوج بغيره ، فلا يحل على كلامها والحل هذه ، إلا إذا أقرها الزوج (م ١٨٣ من ابن شمعون) . وإثبات الزنا يكون برؤية الرجل لها تبنى ، أو إذا علم من ثقة ، أو اعتقد زناها ، وفى هذه الحالة تحرم عليه ، ويجب الطلاق يلاحق للمرأة ، إلا إذا حلفت (أنظر ١٨٦) . وقد نصت المادة ١٨٧ على أنه « يجوز أن يكون الزانى أحد الشاهدين ، ويجوز أن يكون الشاهد الآخر شاهد سابع من إسان الزوجة » .

(٣) فإذا كان الزنا اغتصابا ، فلا تحرم الزوجة ولا تسقط حقوقها (م ١٨٤) ، مع مراعاة أن الزنا اغتصابا يحرم الزوجة شرعا على السكاهن ويوجب طلاقها مع بقاء حقوقها .

(٤) فقد جاء فى شمار الحضر (ص ١٣) أنه « ليس للزانية من «حقوقها سوى فى ما يكون فى حوزتها من الجهاز » تأخذ وتطلق . وإذا كان الفضل إكراها فلا مؤجل لها ويجبر الزوج شرعا على الطلاق » .

بشرط أن يثبت ارتكاب المرأة للزنا ^(١).

وقد نص الفرمون كذلك على حالة ما إذا رمت المرأة نفسها بالفحشا. ولو اغتصابا تعلقا بآخر ، أو ابتغاء التخلص من زوجها ؛ ونصوا في هذه الحالة على أنه لا ينبغي أن يعتد الشرع بكلامها . « اللهم إلا إذا ارتاب زوجها لشواهد عنده أو صدقها ، فيحذد يجب عليه طلاقها ، وليس لها سوى ما في حوزتها من الجهاز . فإذا لم ير الأمر صحيحا فهي امرأته . ولكن حقوقها تسقط مع ذلك في الحال » ^(٢).

هذا بالنسبة للزنا لدى الربانيين والقرائين . ولكن هناك من الحالات ما يبدو أنهم يعطونها حكم الزنا وهي حالة مخالفة الزوجة للشرع والأدب . وإذا كان الأمر واضحا في أنهم يعطونها حكم الزنا من حيث سقوط حقوق المرأة ، فإن هذا الوضوح لا يبدو بالنسبة لما إذا كان الطلاق للرجل أم أنه يجبر عليه شرعا ، كما هو الشأن في حالة الزنا . وهذا ما قد يجعلنا نتكلم عن هذه الصور من مخالفة المرأة للشرع والأدب ضمن الحالات التي يحق فيها للزوج أن يطلق أو ضمن الحالات التي يجب فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع .

إلا أنه يبدو أن الربانيين يسوون بين هذه الحالات وبين الزنا من حيث

(١) ويبدو أنهم يفرقون بين الرية إذ يكون للرجل أن يطلق ، والتحقق من الزنا ، حيث يجبر على الطلاق (أنظر ص ١٢٠ و ١٢١ من شمار المحضر) . وفي حالة الشهادة على الزنا فلا ضرورة لأن تكون الشهادة « على مثل المروء في المسكحة » بل يكفي أن يكونا متصليين اتصال اقتراش ، وبالجملة أن يعرفا الشهود وغيروا « زناه » (ص ١٢٢ من المرجع السابق) .

(٢) شمار المحضر ص ١٢٢ .

سقوط حقوق المرأة فقط . إذ نصت المادة ١٧٧ على أن تسقط حقوق الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأدب أو زنت . ثم جاءت المواد التالية فتكلمت عن كل من هاتين الحالتين على حدة ووضعت لكل حكما مستقلا ؛ فتكلمت عن مخالفة الشرع والأدب ، ولم تبين أن المرأة تحرم على زوجها وأنه يكاف بطلاقها ، كما جاء في النصوص المتعلقة بالزنا . وهذا ما دعانا إلى الكلام عن هذه الحالة ضمن الحالات التي يكون فيها للزوج أن يطلق بإرادته .

أما عند القرائين فانه إذا كان يسوى بين الحالتين من حيث سقوط حقوق الزوجة ، لكن الشك يثور بالنسبة لما إذا كان الزوج يجبر شرعا على الطلاق . إلا أنه يبدو لنا أن مساواة المرأة المخالفة للشرع أو الأدب بالزانية إنما يكون في بعض سقوط حقوقها . إذ جاء «أن العلماء يرون أن تنذر أولا في آداب الدين بسقوط حقوقها لجواز جبل بعضهن بها ..»^(١) وبذلك يبدو أن الأمر يتعلق بسقوط الحقوق فقط إذا ما طلقها الزوج لا بإجباره على الطلاق . وبالتالي يساوى القراءون بالبرانيين في هذا الصدد ، ويكون الأمر للزوج خلافا لحالة الزنا ، فانه يجب عليه الطلاق^(٢) .

٢ - الرية : نصت شريعة القرائين أن للرجل أن يطلق زوجته ، إذا أتت ما يدعوا إلى الرية . وقد بين شعار الحضرة أن الرية تتحقق ، إذا وجد

(١) ص ١٢١ شعار الحضرة .

(٢) ومع ذلك فان هناك حالة تخالف فيها الزوجة الأدب ، ويتمين الطلاق على الزوج . فقد ورد في شعار الحضرة بحد الكلام عن مسوغ الطلاق أن « التماسه منه صريحا ما هو مفهوم » . يجمل طلاقها واجبا شرعا بلا حقوق سوى ما يكون في الحوزة من الجواز لما تدعو حالتها إليها من الرية في أمرها ، واليهين لا تركيها .

مما يمكن واحد أو بيت واحد أو في الفراش ، أو كان الرجل يربط ملبسه المعلوم أو كانا خارجين من محل ظلام ، أو قبلا بمضا ، أو ماشابه ذلك مما يدل على مس المغاف . وفي هذه الحالة للرجل الطلاق ولا حقوق لها . وهذا إذا كان صاحبها غير معروف بالفحش فإن كان يعرف بذلك ، أو كان من أهل الريبة ؛ فلها ما هو في حوزتها ، ولا محل لانتذارها^(١)

وإذا بلغه من أقاربه أو غيرهم أن امرأته ارتكبت ، ولو لم يؤيد كلامهم إلا شاهد واحد ، رجلا كان أم امرأة ، فله الطلاق وعليه الحقوق ، ولو لم يشهدوا شرعا . فإن الشاهد الواحد يكفي للتحريم . وإذا شاء فله أن يحلفها كونها لم ترتكب . ولكن الممين مع ذلك لا تزكيا فلا تنفع الطلاق^(٢) . وإذا كانت الشهادة من اثنين ، فلا حقوق لها .

إلا أن شعار الحضرة قد عرض بعد ذلك في موضع آخر تحت عنوان « ارتياب الرجل في امرأته » ، وبين أنه إذا داخلته الريبة ، كان عليه أن يفار عليها للتحقق مما إذا كان ارتيا به صحيحا أو باطلا . فإذا لم يفار ولم يعمل لتبيرة نفسه فهو يأنم بقبوله لها وقد مسها آخر . ولكي تقوم الريبة يجب أن يكون هناك ما يدعوا إليها عادة .

ويبدو مما جاء في هذا الموضع الأخير كذلك أن المرأة محرم على زوجها ، وأن عليه أن يطلقها ، وإذا امتنع كلفه الشرع . فقد نص على أنه « إذا منع الرجل من

(١) شعار الحضرة ص ١٢١ . وقد جاء في الهامش : تعليقاً على هذه الأخيرة أنها أقرب إلى الاتحاد منها في الصورة الأولى .

(٢) الموضع السابق ، وقد بين أن المسكنة من كون حقوقها لم تسقط مع ذلك ، كونه لم يشهد عليها إلا شاهد واحد .

تقديمه إياها^(١) حبه لها وإشفاقه عليها ، فعليه أن يطلق بالمؤجل . فإذا امتنع كلفه الشرع بإحضارها ، وإلا فرق بينها طلاقاً ، شأنه في كل من خرجت عن الحشمة وسكت زوجها عنها صيانة للنسل من الحرمة^(٢) .

ومن هذا يتضح أن التفريق هنا لحق الشرع ، فإذا لم يطلقها الزوج فرق الشرع بينها ، لأنها تحرم عليه ، كما تحرم الزانية على زوجها . فقد جاء إنه « من وقت أن تداخله الزينة يحرم عليه أن يقرب منها حتى يحتبرها شرعاً »^(٣) . أى حتى تثبت براءتها .

وقد عرض الأمر على المحاكم عندنا فأقرت محكمة النقض التطبيق للرية لدى القرائين . وقد تعرضت لما قال به الفقهاء الاسرائيليين من أنه يشترط في الرية المبررة للطلاق أن يصلق الزوج ما يبلغه من رية عن زوجته ، وأن يكون التصديق خلقاً له عادة ، وقالت المحكمة إن المقصود بذلك أن يكون الزوج مصداقاً لما يبلغه عن زوجته وأن اتهامها لها بالرية لم يكن تجنبياً^(٤) .

(١) إذ عليه أن يقدمها إلى السكاهن فيسقيها الماء المرفوف بالمعربة بانفظة « شوطاه » ومنعها الشطط ، كناية من مجاوزة المرأة حدة الصيانة والنفاف . وكانت المرأة إذا شربت لا يصيبها أذى إن كانت برية وإلا انتفخ بطنها وسقط وركها . ويبدو أنه لم يبد هذا الاجراء الذي يمارس الآن .

(٢) صدر المحضر ١٤٤ .

(٣) الموضوع السابق

(٤) نقض في ١٠ يناير ١٩٥٧ طعن رقم ١٥٠ س ٢٥ ق ، بمجموعة المكتب الفني س ٨٠ عدد ١٩٥٧ رقم ٥ ص ٦٠ ، وأنظر حكم حاضنة الاسكندرية في ١٩٥٣/١٢/٢٠ (خفاحي ورايح ص ٦٦) حيث قضت بأنه « إذا كان سلوك الزوجة لم يمكن مما يخفف حدة الشكوك التي تساور الزوج حول أمانتها ، بل على العكس كانت تلك كل البلب لتدعيم الشكوك ، فتحكم المحكمة بإنتاع الطلاق لحظاً من الزوجة في حق زوجها » .

وقضى كذلك أنه إذا ثبت أن الزوجة حميدة الخلق ، ولم يسمع عنها ما يريبها ، فانه لا يقبل =

هذا ويبدو مما جاء في شعار الخضر أن الرابانيين يقصرون الرية على حالة الافراد أو التكلم مع من نهاها الزوج عن الافراد به أو التكلم معه .

فقد نصت المادة ١٨٨ على أنه : «إنهى امرأته عن أحد أو أكثرها بحضرة شاهدين ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه وقتا ما ، حرمت على زوجها ولا حق لها » ^(١) . كما نصت المادة ١٩١ على أنه : « إذا حلف الزوج زوجته أن لا تكلم إنسانا معينا وأنذرهما بسقط حقوقها ولم تمتثل ، كانت مخالفة شرعا ، وضاعت عليها حقوقها » .

٣ - **تكرر ظهور دم الحيض** : رأينا ضمن موانع الزواج أن المرأة تحرم على زوجها بسبب تكرر ظهور دم الحيض ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ، حين اختلائها بها ، وفي هذه الحالة يجب الطلاق ولا يكون لها إلا ما دخلت به . والطلاق واجب في هذه الحالة كذلك إذا مر أول اختلاء بلا ظهور دم ، ثم تكرر الظهور كذلك ثلاث مرات متواليات ، ويكون المرأة كل مالها من الحقوق في المقد ^(٢) هذا هو الحكم لدى الرابانيين ^(٣) .

= الطلاق للرية لمجرد تردد أشخاص على منزل والديها ، حيث كانت تقيم ، لأن هذا يفرض حصوله لا يدل بذاته على سوء خلق الزوجة التي ما كانت تستطيع منهم ، نظرا لأنها لا تقيم بمنزرها ... فكان الأجدر بالزوج أن يسهل لها سكنا شرعيا خاصا ، ودور لما يدعيه (محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٦/٦/٢٠ رقم ٣١٢ س ٧٣ ق ، خفاحي ورابع س ٦٦

(١) وتمس المادة ١٨٩ على أنه « لا يسقط حقها وإنما تحلف أولا إذا كان إنذارها لا في حضرة شاهدين ، أما ، إذا اعترفت بالاختلاء فلا حق لها » .
(٢) أنظر المادتين ١٥٥ و ١٥٦ : وهذا المنازعة فيها إذا كان الدم دم بكرة أو دم حيض ، يكون الحللة الشرعية النظر والفصل (أنظر م ١٥٧) .
(٣) أما بالنسبة للفرائين ، فإنه يبدو أنهم يتفقون مع الرابانيين « أنظر ما سبق ص ٦٠٣ من هذا الكتاب

٤ - العيب أو العاهة : تقضى قواعد الرابنين بأن طرود عيب أو عاهة على الرجل بعد الزواج ، لا يسوغ للمرأة طلب طلاقه ^(١) . إلا أنه « إذا كان الطارىء برصا أو مرضا ممديا ، فإن الرجل يكلف بالطلاق . بل إن « للشرع أن يأمر بالحيولة ولو أبت الزوجة ؛ ما لم تتعهد شرعا أنها لا تختلئ به » . ومن الواضح أن الطلاق هنا لحق الشرع . ولهذا يكون الطلاق واجبا ، حتى ولو رضيت الزوجة بالبقاء في معاشرته . هذا بالنسبة للبرص والأمراض المعدية كالسل مثلا .

وقد عرضوا كذلك لحالة ما إذا كان الممرض صرعا في أحد الاثنين ، ونصوا على وجوب الطلاق في هذه الحالة مع عدم سقوط حقوق الزوجة . ^(٢)

الطلب الثاني

الآثار التي تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية في الشريعة اليهودية

٢٠٢ مكرود (١٤) مجيد - إذا ما تم الطلاق ؛ انقضت الرابطة الزوجية بالنسبة للمستقبل ؛ وهذا يستلزم أن يقع الطلاق صحيحا مستوفيا لشروطه التي سبق الكلام عنها . فإذا تخلف شرط منها ؛ لا يقع الطلاق ، وإذا تم الطلاق صحيحا تربت عليه آثاره سواء بالنسبة للرابطة الزوجية نفسها ؛ أم بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين ، أم بالنسبة للأولاد . ونعرض لذلك فيما يلي .

(١) م ٣٠٣ ولهذا إذا تنزت الزوجة لا يكون لها غير ما هو موجود مما دخلت به ولا حق لها فيها اشتراه لها من ماله أو أهدها إليها .

ويراعى أن الترائين يجهلون من كل « عاهة لا يرجى برؤها ولا يطلق احتمالها » موصفا يغول للمرأة طلب الطلاق .

(٢) أنظر المادتين ٢٠٤ و ٢٠٥

أولاً : بالنسبة للرابطة الزوجية

٢٠٢ مكرر : (١٥) إزوال حقوق كل من الزوجين والتزاماتهما إمكان عقد زواج جديد :

يترتب على انقضاء الرابطة الزوجية نفس الآثار التي عرضنا لها بالنسبة للشرعية المسيحية^(١) . إذ يتحرر كل من الزوجين من التزاماته التي يفرضها عليه الزوج نحو الآخر ، كما تزول حقوق كل منهما المترتبة له من عقد الزواج . هذا فضلاً عن إمكان الزوجة أن تمقذ زواجا جديدا بعد انقضاء فترة العدة .

وقد نصت القواعد الخاصة بالرايين على أنه لا يسوغ بعد الطلاق إقامة المرأة مع الرجل ، وإذا كان المسكن للأنثى جميعاً ، كلفت المرأة بالانتقال إلى مسكن آخر . فإذا كان الملك لها أولاً وبها ، فالمكلف بالانتقال هو الرجل (م ٣٥٠ و ٣٥١) . ومعنى هذا أن الالتزام بالمساكنة ينقضى ، كما تنقضى بطبيعة الحال كافة الالتزامات المترتبة بينها^(٢) .

وقد اقسام القراءون بالنسبة لآثر الطلاق في هذا الصدد ، فأوجب بعض الفقهاء « أن يجيز الطلاق على كل علاقة ، حتى ما يكون للمرأة من مؤجل الصداق وغيره من الحقوق ، اعتماداً على ما يروونه من أن كلمة « كريتوت » « انفصام » يبلغ بها المعنى إلى هذا الحد . ولكن الجمهور عندهم قصر المعنى على العلاقة

(١) أنظر ما سبق رقم ١٨٢ ص ٩٤٥ .

(٢) بل إنه إذا كان الزوج أن يقوم بأعالة مطلقة ، فإن هذا مشروط ألا توجب هذه الأعالة اختلاطه بها ، وإلا وجب أن يتب عنه غيره (أنظر م ٣٥٣) . كما أن لمختلفة أن تتوكل عنها لمطالبة الرجل بما لها من الحقوق ، وذلك حتى لا تضطر إلى مقابلته بدعائها منه . ولا يمتنع انقضاء كافة الالتزامات المترتبة على الزواج القطعية والعداوة بين المطلقين ، بل كما يقول البعض إن هناك التزاماً خلقياً بينها بالود والصداقة (أنظر جيل الشراوى . ماله من آثار الخلاق في شرائع غير المسلمين ، المحاماة ص ٤١ ص ٢٢٧ وهامش () .

الزوجية دون المالية . وأن الطلاق شيء . والحقوق شيء آخر . فإذا سلم إليها الوثيقة ، وقع الطلاق ، ولو بقي لها ما بقي من الحقوق ^(١) .

وإذا ما انقضت الزوجية ، كان للزوجة أن تتزوج بآخر بعد انقضاء فترة المدّة ، إذا لا يملك المطلق تحريم المرأة على أحد ، وكل شرط في الطلاق من هذا التعييل باطل ^(٢) . وكما يصح لها أن تتزوج من آخر يصح للمطلق نفسه أن يعود إليها ^(٣) بمقتد جديد دون أن تعتد ، ما لم تكن قد تزوجت غيره أو تقدست ، فإنها تحرم عليه ^(٤) . وما لم يكن الطلاق بتهمة الزنا ، إذا لا تجوز له بعد ، أو

(١) شمار الحضر ص ١٣١ . وعند الرابانيين لا يلق الطلاق على دفع الرجل حقوق المرأة إذا كان مسراً ، (م ٣٥) ومعنى هذا أن الطلاق عندهم يلقى على دفع هذه الحقوق متى كان الرجل مسراً . أنظر ص ١٣١ هامش ٢ من شمار الحضر . هذا وقد نصت المادة ٦٨ من ابن شمعون على أنه « إذا عجز الرجل من إيفاء ما لزوجته من الحقوق في عقدها ، وكان الطلاق واجباً أو جائزاً شرعاً ، ففلسطة الشرعية أن تقضى بالطلاق وإنظار الرجل إلى ميسرة » .

(٢) م ٣٤٤ من ابن شمعون . ويضيف النص إلى ذلك أن « الرجل عند الطلاق أن يخبر عن نسب فيه ، وفلسطة الشرعية منع زواجه بالطفلة تحريماً لها عليه » .
(٣) وقد نصت القواعد الخاصة بالرابانيين على أنه « إذا عاد المطلق إلى مطاقته واختل بها واختل وقاعه لها ، وجب شرعاً تجديد الطلاق » . ولكن « تجديد الطلاق لا يلزم إذا كان عن مجرد تقديس ، ما لم يكن لتلك الاحتمال عمل » ، أما « إذا تأكد الوفاق بعد الطلاق ، فلا فرق بين الزواج ومجرد التقديس في وجوب التجديد » . و « إذا كان هنالك محل لتجديد ، وقبل حصوله تقدست المرأة على شخص آخر ، فهي محرمة على الاثنين ووجب التجديد من الأول والطلاق من الثاني » (أنظر المواد ٣٧٢ و ٣٧٣ و ٣٧٤ و ٣٧٥ ، من ابن شمعون ١) .

(٤) وهذا ما نصت عليه المادتان ٣٨١ و ٣٨٢ من ابن شمعون فقد نصت م ٣٨١ على أن « الرجل أن يعود إلى مطاقته بمقتد عليها ولا تمتد » . ونصت م ٣٨٢ على أنه « تحرم المطلقة على مطلقتها إذا تزوجت غيره أو تقدست » أما إذا اختلت المطلقة بغير مطلقتها من غير عقد شرعي ، فإنه يجوز لمطلقتها الرجوع إليها (م ٣٨٣) . لكن « إذا خالت المرأة رجلاً ثم تزوجت بآخر وولّطها ، جاز لحليلها أن يعقد عليها » (م ٣٨٤) .

مالم يكن الطلاق لعلة ظهور دم الحيض ، حتى ولو زالت العلة ^(١).

ثانيا : بالنسبة للعلاقات المالية

٢٠٢ مكره (١٦) تمهيد : إذا انقضت الرابطة الزوجية بالطلاق زالت الآثار المالية التي يربتها الزواج بين الزوجين ، كما يزول حق كل منهما في ميراث الآخر ، لاقطاع الصلة بينهما ^(٢) . وقد عرضت الشريعة اليهودية للأحكام المتعلقة بحقوق المرأة بصفة عامة ، بعد الطلاق ، وبينت النصوص الواردة في هذا الشأن متى يكون للمرأة حقوقها ، ومتى تطلق بلا حقوق . وقد عرضنا لذلك عند كلامنا عن الصور التي تطلق فيها المرأة ، سواء لحق الزوج أم لحق المرأة نفسها ، أم لحق الشرع ^(٣) .

(١) أنظر المادتين ٣٨٥ و ٣٨٦ من ابن شمعون ، وتوجب المادة ٣٨٧ على السلطة الشرعية عند الطلاق لمة دم الحيض أو لسبب تهمة الزنا أن تخبر الرجل بتحرير المطلقة عليه أبدا .
(٢) وذلك خلافا للأولاد ، إذ تظل حقوقهم قبل والديهم ، حتى بعد انقضاء الرابطة الزوجية بينهما ، وخلافا لحالة انقضاء الزواج بالوفاة ، إذ الوفاة من أسباب الميراث إذا حصلت والزوجية قائمة لم تنقسم مراها بالطلاق ، وقد أوردت الشريعة اليهودية تنظيما لحقوق الرجل بعد وفاة زوجته ، وحقوق الأرملة بعد وفاة زوجها : انظر في هذا : ابن شمعون المواد ٢٢٣ وما جد حتى ٢٧٨ وانظر كذلك صغار المحضر ص ١١٣ و ١١٦ و ١١٨ و ١١٩ و ١٤١ و ١٤٢ ويراعي في شأن هذا التنظيم بصفة عامة أن ما يمارس منه مع أحكام الموارث ، طبقا لقانون الموارث عندنا ، لا يفيئ الأصل به . انظر كذلك جبل الشرفاوى ، السابق ٥٩ / ١٩٦٠ ص ٣٠٣ هامش ٥ .

(٣) وإذا كنا قد بينا ذلك لدى كل من الترائين والربانيين في مناسبة كل حالة ، فإن القواعد الخاصة بالربانيين قد أوردت نصين جامعين يفت فيها متى يقضى ومتى لا يقضى للمرأة بحقوقها . فقد نصت المادة ٣٤٥ على أنه : « يقضى بالطلاق مع حقوق المرأة في الأحوال المنصوص عليها بالمواد ١٥٢ و ١٥٦ و ١٦١ و ١٦٤ و ١٦٧ و ١٧٢ و ١٨٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ و ٢٠٩ و ٢١٤ و ٢١٧ » . كما نصت المادة ٣٤٦ على أنه يقضى بالطلاق بلا حقوق للمرأة في الأحوال المنصوص عليها في المواد ١٥٣ و ١٥٥ و ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٨ و ١٦٩ و ١٧٣ و ١٧٧ و ١٨٠ و ١٨٣ و ١٨٦ و ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٨ و ٢٠٣ و ٢٢٢٠ .

٦٨ م الأحوال

كما يراعى أن ما يستحق للمرأة على زوجها من الحقوق بمقتضى العقد يعتبر ديناً في ذمته ، وعند انتهاء الزواج بالطلاق ، وتصفية العلاقات بينها تستحق هذه الحقوق ^(١) .

والكلام عن أثر انقضاء الرابطة الزوجية على العلاقات المالية بين الزوجين يقتضى أن نعرض للأحكام الخاصة بالنفقة ، ثم الأحكام الخاصة بالمهر والبائنة والجهاز .

٢٠٢ مكره (١٧) : النفقة: لا يقصد بالنفقة في هذا الصدد النفقة الزوجية لأن الزوجية تنقضى بالطلاق . ولكن المراد بها هنا النفقة التى يمكن أن يحكم بها على الرجل لمطلقة .

ويبدو أن الشريعة اليهودية لم تعرض بصورة مباشرة لأحكام النفقة بعد الطلاق ، وهى ما تسمى بنفقة العدة . ومع ذلك فإنه يمكن إعمال منطوق القواعد الخاصة بالشرائع الأخرى والنظر إلى الأساس الذى تقرر النفقة من أجله . فإذا النفقة تفرض على الزوج نظير احتباس الزوجة ، فإنه يمكن القول كذلك بتقريرها من حيث المبدأ في فترة العدة نظراً لاحتباس المرأة ، حتى تنتهى هذه الفترة . وتبماً لذلك يمكن القول بتقرير نفقة للمطلقة في الشريعة اليهودية خلال فترة العدة ، لتوافر احتباس الزوجة ، سواء لدى القرائين ، أم لدى الربانيين .

(١) نصت المادة ٢٢٧ على أن « ما يكون للزوجة على زوجها من الحقوق بمقتضى العقد يعتبر ديناً لها في ذمته يستحق عند الطلاق أو الوفاة » . وللرجل أن يزيد بعد الزواج على ما لزوجته من الحقوق في العقد (أنظر م ١٤٤ من ابن شمسون) . ويرأى أن الربانيين ينصون على أن ما يأخذه الرجل من الزوجة يشترط لها عليه مفاعداً أو نصف مضاعف حسب عرف البلد » (م ١٠٠) . كما يرأى أن ما يستحق للمرأة على الرجل مضمون بأمواله (أنظر م ١٤٥) .

وهناك حالة مسلم بها لدى الرابنين نصت عليها المادة ٣٥٣ ، وهي القيام بأداء النفقة المطلقة بمحض إرادة الزوج ، إذ تنص هذه المادة على أنه « يجوز للمطلق إعالة مطلقة ، شرط أن لا يوجب هذا اختلاطه بها ، وإلا وجب أن ينيب عنه » .

وفيا عدا قيام الزوج بالاتفاق على مطلقة اختياراً ، يجب أن نربط بين الحكم للمطلقة بالنفقة وبين استحقاقها لحقوقها بعد الطلاق ، أو عدم استحقاقها . فإذا استحققت المطلقة حقوق كان لها النفقة في فترة المدة ، وإلا لا يحكم لها بها . وقد ربطت أحكام المحاكم الشرعية لليهود قبل إلغائها الحكم للمطلقة بالنفقة أو عدمه بخطتها أو عدمه . فإذا ما لم تكن الزوجة مخطئة ، أي إذا لم يكن سبب الطلاق من جانبها ، حكم لها بالنفقة على زوجها ، أما إذا كانت مخطئة ، فلا نفقة لها . ولهذا قضى بأنه « لا محل لإلزام المطلق بنفقة للزوجة ، ما دام الطلاق لحظاً من الزوجة في حق زوجها ^(١) » .

وتقدر النفقة المطلقة طبقاً للأسس التي يقوم عليها تقدير النفقة الزوجية ذاتها على ما بينا من قبل ، وهو تقدير مؤقت بطبيعة الحال ، مرتبط بالظروف ^(٢) .

وإذا حكم بالنفقة فانه ينبغي أن يراعى أنها تسقط إذا خطبت الزوجة المحكوم لها بها وذلك قياساً على ما ورد بشأن الأرملة ، إذ نصت الشريعة اليهودية على سقوط نفقة الأرملة إذا خطبت ^(٣) . ولهذا فان خطبة المطلقة تسقط

(١) حاخاخانه الاسكندرية في ١١/١٢/١٩٥٣ ، صالح حنق ج ١ ص ٣٥٥ د

(٢) انظر حكم استئناف القاهرة في ١٠-٦-١٩٥٦ رقم ٣١٢ ص ٧٢ ق .
خفاحي وراجح ص ٤٢-٤٣ .

(٣) انظر م ٢٤٠ من ابن تيمون . وانظر كذلك ص ١١٤ شمار الحضر .

تفتتها من باب أولى . كما تسقط الثقة بوفاء الزوجة ، وبوفاة الزوج الملتزم بها .
وإذا كانت الثقة تسقط في هذه الحالات ، فهل تنقضي بمدة معينة ؟

قدمنا أن الثقة التي يحكم بها في هذا الصدد إنما هي ثقة عدة ، تفرض نظير احتباس المرأة خلال فترة المدّة، ومتى كان لا ينسب إليها خطأ . ولهذا فأننا نرى أن تنقضي بإقضاء فترة المدّة ، ولا ينبغي في جميع الحالات أن تتجاوز مدة سنة من وقت اقضاء الزوجية ، أخذاً بما اتجهنا إليه من قبل بالنسبة للمسيحيين^(١) . ويراعى أن الثقة في الشريعة اليهودية لا تستحق إلا من وقت المطالبة بها ، كما قدمنا في هذا الشأن عند كلامنا عن الثقة الزوجية^(٢) .

٢٠٢ مكرور (١٨) : للهر ، والبائنة ، والمجهز : عرضنا لأحكام المهر والبائنة عند كلامنا عن آثار الزواج حال قيام الزوجية ، كما عرضنا للمهر قبل ذلك باعتباره شرطاً من شروط الزواج في الشريعة اليهودية ، ونعرض للأحكام المتعلقة بالمهر والبائنة وكذلك للأحكام المتعلقة بالمجهز ، على أثر انتهاء الرابطة الزوجية ، عند تصفية العلاقات بين الزوجين .

١ - للهر : رأينا عند كلامنا عن المهر باعتباره شرطاً من شروط الزواج في الشريعة اليهودية أنه معجل وهو ما يدفع مقدماً ، ومؤجل وهو ما يقابل مقدم الصداق ، وهو واجب كذلك وجوب المعجل ، وذلك حتى لا تهون المرأة في عين الرجل فيطلبها ، فضلاً عن أنه يكون لها ذخراً إذا طلقت أو تزلزلت^(٣) .

(١) أنظر ما سبق ص ٩٥٣ من هذا الكتاب .

(٢) أنظر ما سبق ص ٧٧٨ - ٧٧٩ وهامش ١ ص ٧٧٩ .

(٣) أنظر ما سبق رقم ١٢٦ مكرور ١٤ وخاصة ص ٦٠٠ وانظر كذلك شمار الحضر ص ٦٥ - ٦٦ . وقد ورد في هذا الشأن كذلك أن « من دخل بمرأته بلا مؤجل ، كان كالداخل بمخطوته » . (ينظر بغير اللاتينية الشرعية ، فيطب) . ص ١٠٩ وهامش رقم ١ من شمار الحضر . وانظر كذلك ما أوردهناه فيما سبق ص ٦٠٦ .

ورثت المؤجل قبل الزواج بالكتابة ، وإلا كان غير حجة . وقد جاء بالنسبة للقرائن^(١) أن « إثبات المؤجل كتابة قبل الزواج لا بد منه ، لأنه وقاية من كون الرجل يستهين فيطلق ، فضلا عن أنه يكون لها ذخراً إذا طلق أو مات ، فوجب إثباته منذ البدء » .

ولا شك في أن مقدم الصداق يكون من أموال الزوجة ويورث عنها إذا ما كان قائماً . لكن ما الحكم بالنسبة لمؤجل الصداق ؟ يعتبر المؤجل ديناً في ذمة الزوج يستحق بأقرب الأجلين ، الطلاق أو الوفاة . هذا الدين يستوفى من أموال الزوج مع باقي دائتيه^(٢) .

وإذا ماتت الزوجة فإن الحكم يختلف لدى كل من القرائن والربائين بالنسبة لميراث ما لها من مؤجل الصداق . فالقراءون لا يورثونه بخلاف المتقدم . ويرجع عدم توريث المؤجل إلى أن العلة فيه هي منع الطلاق بقدر الإمكان وأن يكون ذخراً للمرأة عند الطلاق أو الترميل . وهذه العلة لا تتحقق إذا ماتت^(٣)

(١) ص ١٠٩ شطر الحضر .

(٢) مع مراعاة ما هنالك من خلاف في هذا الصدد بين القرائن والربائين ، إذ عند القرائن يخضع هذا الدين لنقسة الغرماء مع باقي الدائتين ، أما الربانيون فيصلون لكافة حقوق المرأة أولوية على غيرها ، كما أنهم يفضلون الزوجة الأولى على غيرها (أنظر ص ١١٩ من شعار الحضر) .

(٣) أنظر ص ١٠٩ وهامش ٢ وكذلك ص ١١٨ من شعار الحضر . فليس للورثة شيء من المؤجل . ولهذا فانهم يوجبون أن ينس على ذكر كون المؤجل لا يورث إذا توفيت ، وإن كان الاستاذ مراد فرج لا يرى ذلك بل يرى أنه يجب أن لا يذكر ذلك أبداً لما فيه من التطير ، وأن الصرح عند القرائن معلوم وهو عدم التوريث (الموضع السابق) . وقد جاء في المرجع السابق (ص ١١٦ - وهامش ٢) أنها إذا توفيت يكون له ما قسها به والمؤجل . وجاء في الهامش تحسيراً لذلك أن هذا « يعني أن المؤجل يرفع عنه يوفاتها » .

أما عند الرابنين فانهم يورثونه^(١).

وإذا مات الزوج ، وطالبت الزوجة الورثة بالمؤجل ، كان عليها تقديم الوثيقة الدالة على ذلك حتى تحصل على حقها . وإذا قُدت الوثيقة أثبتت حقوقها بالينه^(٢).

أما إذا طلقت الزوجة ، ولم يكن الطلاق بخطئها ، فانها تستحق مؤجلا الصداق . هذا بخلاف ما إذا كان بخطئها أى بسبب يعزى إليها . وقد رأينا فيما سبق ، عند كلامنا عن أحكام الطلاق ، مدى ما يكون للمرأة من حقوق إذا طلقت . ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما سبق بيانه في هذا الصدد عند الكلام

(١) وينتقد القرامون ذلك ، ويعتبرونه خطأ ، لأن الملة في فرض المؤجل منع سهولة الطلاق ، وأن يكون لها مونا عند الترميل ، فلا وجه لتوريثه (ص ٦٨ شمار الحضر) . وأنظر ما سبق ص ٦٠٦ وهامش ١ .

(٢) هذا ما جاء بالنسبة لقرائين ، شمار الحضر ص ١١٨ ويضيفون أنه « على كل حال لا بد مع ذلك من البين أنها لم تتصرف في شيء من حقوقها ولا برأت ذمة زوجها من شيء منها » . وجاء بهامش ٢ من الصفحة نفسها أن « للورثة أن ينفوها من البين إذا شاموا ولكن الاعضاء من البيض غير ملازم للبيض الآخر » فلهذا البعض الآخر تحليتها إذا في على طلب البين » .

أما عند الرابنين فانه إذا كان الزوج يرثها ، فانها لا ترثه (ص ١١٦ هامش ٢ شمار الحضر) . والمقصود بذلك إذا كان الزوج يرث في زوجته بصفة عامة ، أى يرث في المؤجل باعتباره مالا لها يورث فانها لا ترثه . ولكن تبقى لها حقوقها قبل الورثة ، ومن بين هذه الحقوق حقها في مؤجل الصداق . مالم تكن الزوجة قد وهبت أو تنازلت عن بعض حقوقها (أنظر ص ١٤٨ من ابن شمعون) وهذا ويراعى أن منع الزوجة من الميراث في هذه الحالة لا يتفق مع قانون الميراث عندنا ، لأن تحديد الورثة يتم طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية .

عن أحكام الطلاق^(١) . مع مراعاة ما بينا من قبل من حيث علم الرجل بما في المرأة من عيوب وأثر ذلك بالنسبة لحقوقها^(٢) .

٢٠٢ مكرر (١٩٠) - ٢ - البائنة ، والأموال التي ينتفع بها الزوج :
عرضنا فيما سبق لمدى استقلال كل من الزوجين بحقوقه . ومدى ما للزوج من حقوق على مال زوجته^(٣) . وتنص المادة ٨٦ من ابن شمعون على أن «أموال الزوجة نوعان : ما قبضة الرجل ، وهو المعروف بالدوته . وما لم يقبضه ، وإنما هو ينتفع به» . ومن ثم فإننا نعرض بصدد كلامنا عن تصفية العلاقات المالية بين الزوجين للبائنة (الدوطة) ، ثم نعرض لحكم الأموال التي ينتفع بها الزوج وتكون مملوكة للزوج .

أما بالنسبة للبائنة ، فقد نظمنا القواعد الخاصة بالرابنين أحكامها . وأموال الدوطة تعتبر ملكا للزوجة ، ولا يكون له أن يتصرف فيها بغير إذنها ، وإن

(١) وأنظر من أمثلة ذلك مانس عليه الرابنين من أن ظهور عدم البكارة يبيح للرجل الطلاق ، وعليه رد ما في العقد من الحقوق مخصوصا منها قيمة المهر الشرعي بعد حلف الزوجة البين بأنها لم تعرف رجلا قبل زواجها (م ١٥٢) . وكذلك مانصوا عليه من أنه إذا اختلفت جهة إقامة الزوجين ولم ينص في العقد على جهة منهما اتبعت جهة الزوج ، وليس للزوجة أن تتوقف ، وإلا أضاعت مهرها ومؤجل صداقها .

وعلى خلاف ذلك لا تقصد المرأة مهرها إذا كان الرجل عتقها أو عقيم الماء وطلبت المرأة الطلاق بدمرور المدة المنصوص عليها، إذ يجوز الطلاق في هذه الحالة ويكون «الزوجة مهرها وما دخلت به» (م ٢١١) وتنص المادة ٢١٣ على أنه إذا كان عقم الرجل محققا وجب عليه الطلاق وفروجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

(٢) أنظر ما سبق ص ١٠٣٧ وكذلك شارح المختصر ص ١٢٧ — ١٠٢٨ .

(٣) أنظر ما سبق رقم ١٤٧ مكرر ٣ ص ٧٦٢

كان له أن ينتفع بها . فإذا ما اقتضت الزوجة بالوفاة أو الطلاق كان للزوجة ما قدمته من بثنة ؛ ولها أن تسترده ^(١) .

وللزوجة أن تسترد أموال البائنة عينا إذا كان هذا ممكنا ، مالم يحصل الاتفاق على غير ذلك ^(٢) ، كما يكون لها كذلك أن تسترد قيمته الأصلية في حالة هلاكه أو نقص قيمته بحيث لم يعد الشيء يصلح للاستعمال ^(٣) . فإذا زادت قيمة مال الدوطة ، ما هو حكم الزيادة ؟ يبدو أنه لا يكون للزوجة إلا استرداد ما قدمته أو قيمته ، فإذا كانت هناك زيادة فلا تكون من حقها ، وإنما تكون عليها بقيمتها ^(٤) .

هذا وقد تعرضت محكمة النقض عندنا لحق الزوجة في استرداد أموال البائنة ؛ وأقرت هذا الحق ، حتى ولو كان انفصام العقد قد حدث بخطأ الزوجة على أن يراعى خصم ما قد يكون مستحقا للزوج ^(٥) كما ينت المحاكم عندنا أنه

(١) أنظر م ٨٧ من ابن شمعون . وتنص المادة ٩٠ على أن « مال الدوطة يرد إلى الزوجة عند طلاق زوجها أو وفاته ... »

(٢) تنص المادة ٩١ من ابن شمعون على أنه « يجب رد الشيء عينا لا ثمنه ، إلا إذا حصل التراضي على غير ذلك ، أو صار الشيء غير لائق للاتفاق به » .

(٣) تنص المادة ٨٨ على أنه « إذا هلك مال الدوطة ... كان هلاكه على الرجل » . كما تنص المادة ٩٠ على أنه إذا « نقصت القيمة عن أصلها » وكان الشيء غير لائق للاستعمال فللزوجة الحق في قيمته الأصلية » .

(٤) وقد عرضت المادة ٩٢ من ابن شمعون لحالة ما إذا « كان مال الدوطة جارة من شتين » وقت الطلاق أو الوفاة صار أحد الشتين بقيمة الاثنين » فقررت أنه يكون للزوجة « أخذ أحدهما . وإذا شاعت أخذ الثاني دفعت قيمته » .

(٥) والتراجع بين إسرائيليين . وتتلخص وقائمه في أن الزوجة لما تزوجت بوثيقة أثبت فيها أنها دفعت ألف جنيه بائنة ، وعند الدخول تبين الزوج أنها ليست بكرا ، فطلب التصريح له ==

إذا كان للزوجة أن تسترد البائنة ، فانه لا ارتباط بين حقها في الاسترداد وبين حقها في الميراث عند وفاة الزوج ومعنى ذلك أنه إذا كان للزوجة أن تسترد بائنتها باعتبارها من حقها بعد وفاة زوجها ، فان هذا لا يمنع من أن ترث ، لأن الميراث أساسه القرابة ، أما البائنة فهي تتم بمناسبة الزواج ^(١) .

وأما بالنسبة للأموال الانتفاعية ، وهي الأموال التي ينتفع بها الزوج فقط

== بتخليتها ، وتم ذلك بوثيقة سلمت إليها . فطالبته الزوجة بدفع مبلغ البائنة وفوائده . دفع الزوج بأن البائنة قد استعانت إلى مبالغ ومتاع وجهاز اشترته لاعداد منزل الزوجية ، كما أنه أنفق على عقد الزوج ما يستلزمه من رسوم وكذلك أنفق ما يقتضيه القران من مصروفات ، وأن المهر يقضى بإحساب ذلك من البائنة . قضى ابتدائيا بالزامه بدفع البائنة . استأنف الزوج فحكم بأن يدفع البائنة مضموما منها ما تم شرائه والمصروفات ، فضلا عن قيمة المهر . وقد أقرت محكمة النقض في صدد هذا النزاع فسكرة إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه ، وأن من حق الزوج إعادة الأمتة والأثاث وغيرها مما يكون قد اشترى من مال البائنة إلى الزوجة ، مع ما يتبقى من بائنتها (أنظر حكم النقض في ٢٧ من يونيو ١٩٥٧ قضية ٣٠٣٠٣ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ص ٦٥٢ - وانظر حكم الاستئناف الذي طعن فيه بالنقض سالف الذكر ، محكمة استئناف القاهرة في ٢٨/١٢/١٩٥٥ رقم ٣٦٥ س ٧٢٢ ق ، وقد أشار إليه خضاعي ورايح ، السابق ص ٤٦) .

(١) أنظر حكم استئناف الاسكندرية في ١٠ أبريل ١٩٥٥ المحاماة س ٣٦ رقم ٢٨٩ ص ٥٦٥ . وقد جاء فيه : القول بأنه لا يجوز الجمع بين قواعد الشريعة الموسوية التي تميز البائنة وبين قواعد الشريعة الاسلامية التي لا تعترف بهذا النظام ، على غير أساس من القانون لأن الميراث أساسه القرابة ، وأما البائنة فهي التزام مدني ، وهو وإن ثبت في عقد الزوج ، إلا أنه لا يدخل في كيانها ، ولا يند شرطاً من شروطه . فهو نظام مالي لاصلة له بالزوج . وبمجال تطبيقه في القواعد المدنية . فلا ارتباط في حق صاحب البائنة في الميراث وبين حقه في استرداد قيمة البائنة في الأحوال التي تميز هذا الاسترداد . ومن ثم لا يصح القول إن استرداد البائنة يحتل بمحق الميراث ويؤثر عليه . فالبائنة دين مدني ، وهو شيء غير الاستحقاق في التركة . وإن الشريعة الموسوية وإن كانت تمنح ميراث الزوجة إلا أنها لم تستبدل البائنة بهذا الميراث . فهي تعترف بنظام المهر ، وكذلك بنظام البائنة ، وتجعل البائنة ومتابله دنيا في ذمة الزوج يستحق عند الطلاق أو الوفاة .

قد عرّضت لها شريسة الرابانيين كذلك^(١). وهذه الأموال ملك للزوجة ، ولهذا فإنها تستلمها ، وهي تستلمها بمجالاتها التي تكون عليها عند انقضاء الزوجة بالطلاق أو الوفاة ، سواء قصت هذه القيبة أم زادت^(٢) .

ولما كان للزوج الحق في الانتفاع بأموال زوجته ، فإنه يكون له ثمارها ، حال قيام الزوجة . فإذا انقضت ثارت المسألة بالنسبة لحكم الثمار . وقد عرضت المادة ٩٣ من ابن شمعون لهذا الحكم فقررت أنه « إذا دخلت الزوجة بأطيان ينفع بها الرجل ، وكان بها وقت وفاته أو عند الطلاق ثمر ، فهو للسرّة ، ولو كان الوقت وقت الجنى . أما إذا كان الثمر مجنيا فهو للرجل » . أى أن المبرقة هذا الصدد بالجنى^(٣) .

أما بالنسبة للمصروفات التي يكون الزوج قد صرفها على الأموال المملوكة لزوجته ، والتي ينفع بها ، فإنه يفرق بين ما إذا كان هو طالب الطلاق ، وما إذا كانت المرأة هي السبب فيه .

فبالنسبة للحالة الأولى ، وهي حالة ما إذا قام الرجل بالصرف على الأموال الانتفاعية وطلب الطلاق ، يفرق بين فرضين : إذا كان قد انتفع بتلك الأموال

(١) أما القرامون فإنه يبدو أن حكم هذه الأموال يخضع للاتفاق بين الزوجين ، لأنه لاحق للزوج على أموالها التي ترثها مالم تأذت ، وفي هذه الحالة يكون لها رسم طريقة انتفاع الزوج بها . وهذا خلافاً لسكند يدها ، فله أن يستفيد منه ، وخلافاً لجهازها إذ له أن ينتفع به (أنظر ما سبق ص ٧٦٤ وكذلك شمار المحضر ص ١١٦) .

(٢) أنظر المادتين ٨٧ و ٨٩ من ابن شمعون .

(٣) أنظر مع ذلك ما يقضى به القانون المدني بالنسبة لحق المتنفذ في الثمار المادة ٩٨٧ والمادة ٩٩٣/٢ .

فلاحق له فيما صرفه ، ولو زاد عن المنفعة التى عادت عليه . أما إذا لم يكن قد انتفع بها ، وعاد ما صرفه على العين بالتحسين ، فله قيمة ما صرفه بعد اليمين . وإذا كان المنصرف يربو عن قيمة التحسين ، فليس له إلا قيمة التحسين ، لا كل ما صرف بعد حلفه اليمين هنا أيضا ^(١) .

وفى هذه الحالة الثانية ، إذا كانت المرأة هى سبب الطلاق ، فإىكون الرجل قد صرفه على أموالها يأخذها ؛ سواء عاد ما صرفه على أموالها بالمنفعة أم لم يعد ، وسواء كانت المنفعة توازى المنصرف أم قل عنه (م ٩٥) .

والأحكام السابقة هى الواجبة التطبيق إذا انتهى الزواج بالطلاق أو الوفاة أما إذا كانت الزوجة قاصرة وفسخت العقد ، فإن الرجل يحاسبها على ما صرفه ويكون له أجر نظير عمله كأنه أجنبي ، وتحاسبه هى على ما انتفع به ، أو إذا شاء أخذ مصاريفه ، ولو انتفع بأكثر منها (م ٩٦) .

هذه هى أحكام الأموال الخاصة بالباثة لأموال الانتفاعية التى عرضت لها الشريعة اليهودية . والواقع أن فكرة الانتفاع القانونى التى تستتب للزوج على مال زوجته لا تعرفها الشريعة الإسلامية ، كما لا يعرفها القانون المدنى ، ففى ترتبط بالعلاقات المالية بين الزوجين وتستقل بأحكام خاصة مما يجعل لها ذاتية مستقلة .

٢٠٢ مكره « ٢٠ » - ٣ - المجاز : عرضنا فيما سبق للأحكام المتعلقة بالمجاز فى الشريعة المسيحية ^(٢) . وقد عرضت القواعد الخاصة باليهود لأحكامه كذلك

(١) أنظر م ٩٤ من ابن شمعون .

(٢) أنظر ما سبق رقم ١٨٥ وخاصة ص ٩٦٠ وما بعدها .

فاذا دخلت المرأة بجهاز كان للزوج أن ينتفع به فقط ، أما ملكيته فتكون للزوجة^(١) . وإذا ما اقضت الرابطة الزوجية يثار الكلام عن مصير ما دخلت به الزوجة من جهاز . وهنا نفرق بين حالة ما إذا اقضت الزوجية بالموت وما إذا اقضت بالطلاق .

فاذا اقضت الزوجية بوفاة الزوج ، وطالبت الزوجة بجهازها ، كان عليها تقديم الوثيقة الدالة على ذلك^(٢) . وبهذا تأخذ ما يكون موجودا من جهازها ، ولو قدم أو لم يقدم أو نزلت قيمته . كما تأخذ قيمة ما هلك أو سرق من أشیائها الثابتة كالحلى والمصوغات بحسب قيمتها في الوثيقة . وإذا قعدت الوثيقة أثبتت حقوقها بالينة ، ويكون عليها أن تحلف اليمين أنها لم تصرف في شيء من حقوقها ولا أبرأت ذمة زوجها من شيء منها^(٣) .

هذا وينص القراءون على أن الزوجة مفضلة في أخذ ما يكون موجودا لها من الجهاز قبل غير من الدائنين ، ومن باب أولى الورثة . أما ما يكون لها في ذمة الرجل من قيمة ما قد يلزمه من باقي الأشياء ، فتقسمه هو ومؤجل الصداق

(١) ويراعى أن الزوجة لا تحجب هنا أيضا على إعداد منزل الزوجية ، فكما يصح أن تدخل بجهاز ، يصح أن تدخل بدونه .

(٢) جاء في شمار الحضر أنه ينبغي قبيل الاحتفال إثبات ما تدخل به المرأة من الحلى ونحوها كتابة نوعاً وقيمة ، وتضمن الرجل هلاكه أو سرقة . . . ولعل إرجاء بعضهم الاتبات إلى ما بعد سببه قلة الميسرة وعدم قدرتهم على الجهاز كله مرة واحدة ، فيترقبون استيفاء ثم يثبتونه . . . ويحسن أيضا أن يكون من ضمن الاتبات بيان باقي الأشياء مما هو غير مسئول الزوج عنه كاللابس ونحوها . وإنما يكون هذا استيفاء لبيان ، تفرقة بين ما هو مسئول عنه وما هو غير مسئول ، وبين ما يملكه هي وما يملكه هو ، واحتياطاً للمستقبل . . .

(س ١٠٨ — ١٠٩)

(٣) شمار الحضر ص ١١٨

مع باقى الدائنين بالسوية ^(١) ، وذلك خلافا للربانيين الذين يحملون للزوجة الأولوية فى أخذ جهازها وفى أخذ عوضه ^(٢) .

وإذا ما اقتضت الزوجية بوفاة الزوجة ، كان لورثتها ما هو موجود من جهازها ولو كان قديما أو باليا . وإذا هلك أو سرق شيء من أشياءها الثابتة ، فلم يقيمه بحسب الوثيقة ^(٣) .

أما إذا طلقت المرأة ، فما هو حكم الجهاز ؟ إذا تم الطلاق بخطأ الزوج فانه يكون للزوجة أن تسترد جهازها على نحو ما تقدم . أما إذا تم الطلاق بخطأ الزوجة فانها لا تأخذ من جهازا إلا ما كان فى حوزتها ^(٤) . وقد رأينا عند كلامنا عن الحالات التى يقع فيها الطلاق ، سواء لحق الرجل أم لحق المرأة أم لحق الشرع ، مدى ما يثبت للمرأة من حقوق بصفة عامة ^(٥) .

(١) شمار الحضر ص ١١٩ . وهذا هو الحكم بالنسبة للدائنين والورثة إذا كان لهم شيء من ووجد ، فانه يكون لهم أخذه بینه ، وإذا عوض بآخر مثله ، أخذه محله ، أما ما يختلط فيقسم بينهم جميعا كل بنسبة ماله .

(٢) وقد جاء فى شمار الحضر ، ص ١١٩ . « وأما كونها تفضل على غيرها فى حقوقها جميعا ، فلم يوافق عليه جمهور علمائنا ، فانه كما أشهد الله على حقوقها أشهد على حقوق غيرها أيضا ، خلافا لآخواتنا (الربانيات) فقد فضلوا على غيرها » كما فضلوا الزوجة الأولى على من بعدها وهكذا . وعند الربانيين « ما يملكه الرجل يكون ضامنا شرعا لما للزوجة من الحقوق (م ١٤٥) .

(٣) ص ١١٨ شمار الحضر . ويراعى أنه يكون الورثة بصفة عامة مالا للزوجة مورثهم بحسب الوثيقة عد المؤجل فهو لا يورث عند القوائين كما قدمنا .

(٤) وهذا الحكم يعمل به لدى كل من الربانيين والقرائين . هذا وتنس المادة ١٧١ من أين شعون على أن « ما كان فى حيازة أبى الزوجة مما دخلت به يعتبر كما لو انه فى حيازتها هي » .

(٥) من ذلك ما رأيناه بالنسبة للزانية مثلا ، من أنه ليس لها من حقوقها سوى ما يكون لها =

ثالثا : بالنسبة للأولاد

٢٠٢ - مكره (٢١) - تمهيد : لا تتأثر حقوق الأولاد قبل الوالدين باقتضاء الرابطة الزوجية ، إذ تبقى شرعية نسبهم ، كما تبقى لهم المزايا التي كانت لهم حال قيام الزوجية بين الوالدين . وفي صدد الكلام عن آثار اقتضاء الرابطة الزوجية ، يثار الكلام حول العناية بتربية الأولاد إذا كانوا صغارا . ويختلف الأمر بحسب أطوار حياة الصغير ، كما قدمنا عند كلامنا عن أحكام الشريعة المسيحية ؛ ففي البداية يكون في حاجة إلى الرضاع والحضانة ، ثم بعد ذلك يكون في حاجة إلى العناية والتربية . ولهذا نتكلم عن الرضاع والحضانة ثم نعرض للولاية على نفس الصغير .

§ ١ - الرضاع

٢٠٢ - مكره (٢٢) - الرضاع حق للأُم ووجب عليها - أجر الرضاع : لا يتأثر مركز الطفل الرضيع باقتضاء الرابطة الزوجية ؛ فالأُم أحق بإرضاع وليدها . وقد تعرضت القواعد الخاصة بالقرائين والربانيين لأحكام الرضاع . ولكن القرائين لم يمرضوا لها بصورة مفضلة في شعار الحضرة ، وإنما قل صاحب هذا المرجع عن بعض المراجع الأخرى بعض الأحكام قلا موجزا . وقد جاء في شعار الحضرة أنه « ليس للوالد أخذ المولود من مطلقة لإرضاعه بظن (مرض)

= في حوزتها من الجهاز تأخذه وتطلق (أنظر ١٨١-١٨٣ بالنسبة للربانيين ، وص ١٢٠ شعار الحضرة بالنسبة للقرائين) . ومن ذلك ما جاء بالنسبة للمستنيه بمرع النبي ، أو صفة طامة كل حارفة من الدين شرعا ، فانها تطلق بلا حقوق ، عدا ما هو في حوزتها من الجهاز (أنظر ص ١٢٠-١٢١ شعار الحضرة . وانظر كذلك بالنسبة للرية س ١٢١ من المرجع نفسه ، وبالنسبة لمن ترى نفسها بالفتاة ، ص ١٢٢) .

غيرها ، فان لبن الأم خير من لبن غيرها ، ولو كان غير جيد ، فهو مع ذلك أوفق للمولود ، ضرورة كونه ربي في أحشائها ، وانطبع على التنفذي منها وهو جنين . كذلك لا يجوز للأم أن تكلل إرضاعه إلى غيرها ، سواء لتزوج أم لتغير ذلك^(١) . ومن هذا تبين أن الرضاع حق للأم ، فلا يجوز أخذ الولد منها ، وهو في الوقت نفسه واجب عليها ، إذ لا يجوز لها أن تكلل إرضاع وليدها إلى غيرها .

وعند الربانيين يعتبر الرضاع حقاً للأم كذلك ، ولهذا نصوا على أنه « ليس للرجل أن يكره زوجته على أن يرضع ولدها غيرها » (م ٨٢) . كما أنه كذلك واجب عليها في بعض الحالات ، ذلك أنه إذا كان للمطلقة التي لها رضيع « أن ترفض الرضاعة أو تطلب أجراً » ، فانه ليس لها « أن ترفض إرضاع الرضيع إذا هو لم يقبل ثدي غيرها »^(٢) . وهذا ما جعلهم ينصون في هذا الصدد كذلك على أنه « إذا نذرت المرأة أن لا ترضع فنذرها لغو لا قيمة له » (م ٨٠) .

وإذا كان للمطلقة أن تطلب أجراً عن إرضاع وليدها ، فان هذا « الأجر على الرضاعة لا يفتى عن نفقة الرضيع » (م ٣٩٠) .

وإذا توفي الأب ، فانه لا يجوز للأرملة أن تنتقل بالرضيع من موطن أهله بغير رضاهم ، ما لم تأذن لها السلطة الشرعية (م ٣٩٩ من ابن شمعون) .

(١) شمار الحقر ص ١٤٠ هامش ٤ ص ١٤٠ .

(٢) أنظر المدتين ٣٨٨ و ٣٨٩ من ابن شمعون .

§ — ٢ — الحضانة

٢٠٢ مكرر ٢٣ — د — تفصيل أحكامها لدى الربانيين ، بغلاف القرائين -
تقسيم البحث : لم يورد القرامون أحكاما مفصلة بالنسبة للحضانة بخلاف
الربانيين . وكل ما أورده شعار الحضرة في هذا الصدد أنه « ليس للوالد أخذ
المولود بعد الفطام ، بل الواجب إبقاؤه عندها حتى يكبر ، ثم إذا كان لا يطيق
مفارقتها ، فلا يليق أخذه منها قهرا » . أما الربانيون . فقد تكلموا عن الحضانة
في الملة ٣٩١ وما بعدها .

ونعرض فيما يلي لأحكام الحضانة فبين لمن ثبتت ، وشروطها ، وأجرها ،
ومكانها ثم اقتضاؤها .

من تثبت الحضانة ؟ تثبت الحضانة للأم أولا . وهذا الحكم لا يختلف فيه
القرامون والربانيون ^(١) .

ولكن هذه الأولوية تنتقل إلى الرجل ، كما نصت القواعد الخاصة بالربانيين
« إذا كان من حالة الأم ما يدعو إلى ذلك » ^(٢) . وقد نصت هذه القواعد كذلك

(١) فهو مفهوم من العبارة السابقة في المتن ، التي أوردها شعار الحضرة (ص ١٤١)
والتي تنص بأنه « ليس للوالد أخذ المولود بعد الفطام ، بل الواجب إبقاؤه عندها حتى يكبر » .
وقد نصت المادة ٣٩١ من ابن شمعون بالنسبة للربانيين على أن « الأم أولى بحضانة الولد
حتى يكمل ست سنين » ، وبالمثل حتى تتزوج » .

(٢) م ٣٩٢ من ابن شمعون : وذلك كما إذا لم تكن الأم أهلا للحضانة أو لم تتوافر
فيها الشروط التي سنتكلم عنها فيما يلي . وهذا الحكم يمكن أن يطبق كذلك بالنسبة للقرائين
لأنه مفهوم ، دون النص عليه . ولكن لا يكفي لكن تزول الحضانة عن الأم بمجرد زواجها من
غير أب الطفل . وهذا ما نصت عليه م ٣٩٣ إذ قال « بمجرد زواج الأم لا يحجب للأب حق
الأولوية » .

على حالات يكون فيه الأب أولى بحضانة الصغير من الأم ، وذلك كما إذا أرادت الانتقال به من بلد أبيه^(١).

وإذا كانت الأولوية تثبت للأم على النحو السابق ، ما لم يوجد ما يدعو إلى سلب هذه الأولوية وانتقالها إلى الأب ، فإن لها أن تترك حتماً في الحضانة. فقد نص الزبانيون على أن « للمطالبة رفض الحضانة متى شامت^(٢) » ، مع مراعاة أنه « إذا تركت الأم حتماً في الحضانة جاز لها الرجوع إليها » (٣٩٦م). لا جدال إذن في أن أولوية الحضانة تثبت للأم ، لكن قد يثور الشك بالنسبة لمن يليها في الحضانة ، خاصة وأن النصوص تبدو متعارضة في هذا الصدد لدى الرابانيين . ومع ذلك فإن ما يبدو أن أغلبية النصوص تؤيده هو أن الأولوية تكون للأب بعد الأم . يؤيد هذا ما نص عليه من أنه « تنتقل الأولوية إلى الرجل إذا كان من حالة الأم ما يدعو إلى ذلك » ، ومن أن « مجرد زواج الأم لا يجعل للأب حق الأولوية » ، ومن أنه « ليس للأم أن تنتقل بالحضون من بلد أبيه ، وإلا كان أولى به »^(٣).

(١) إذ تنص المادة ٣٩٤ من ابن شمعون على أنه « ليس للأم أن تنتقل بالحضون من بلد أبيه ، وإلا كان أولى به » . أما « إذا كانت المحضونة بنتاً » فسلطة الشرعية أن تأذن بالانتقال إذا تراضى لها ذلك » .

(٢) م ٤٠٠ من ابن شمعون . كما أنه « يحق للأم بعد النظام أن تتخلى عن الحضانة » (٤٠٨ م) .

(٣) انظر على التوالي المواد ٣٩٢ و ٣٩٣ و ٣٩٤ من ابن شمعون . ويؤيده أيضاً ما تنص عليه المادة ٤٠٤ من أنه « إذا تيمم الأولاد من أهم وأبيهم ، فالأول بحضانتهم أم الأب » . وما تنص عليه المادة ٤٠٨ من أنه « يحق للأم أن تتخلى عن الحضانة » ، فإذا كان الأب غائباً أو ميتاً ، فسلطة البرية النظر فيمن يتولى أمر الأولاد » .

وإلى الأب في الترتيب أم الأب بدليل ما نص عليه في المادة ٤٠٤ من أن هذه الأخيرة تكون أولى بحضانة الأولاد عند تيتهم بموت الأب والأم ، وإلى أم الأب أم الأم .

ويراعى أنه في جميع الأحوال يترك الأمر للسلطة الشرعية لتري رأيها المناسب لتقتضى الأحوال فيمن يكون أصح للحضانة من غيره . وهذا ما يجعلها قدر من هو أحق بالحضانة ، بحسب ظروف كل حالة على حدها ، دون مراعاة للترتيب السابق ^(١) .

شروط الحضانة : لم تكلم النصوص لدى الرابطين صراحة عن شروط

ومن هذه النصوص جميعها يتضح أن الأولوية للأب بعد الأم . ومع ذلك فإن هناك نص يفهم منه أن الحضانة تنتقل من الأم إلى أم الأب وهو نص المادة ٤٠٢ إذ تنص بـ « إذا توفيت الأم فلا تنتقل الحضانة بعدها إلى أمها ، وإنما إلى أم الأب » مع أن نص المادة ٤٠٤ سالف الذكر يجعل أم الأب أولى بحضانة الأولاد عند عدم وجود الأم والأب أو عبارة النص نفسها عند « تيتهم الأولاد من أمهم وأبيهم » . مما يعني أن الحضانة تثبت للأم فالأب ، وإلا كانت لأم الأب بعد وفاة ألاتين . وجعل الحضانة للأب بعد الأم هو ما يؤيده نص البقرة الواردة في شمار الحضر لدى القرائين في هذا الصدد ، إذ جاء أنه « ليس للوالد أخذ المولود بعد القطام بل الواجب إبقاؤها عندها حتى يكبر » ، وفهم هذا أنه ينبغي أن تتوافر في الأم شروط الحضانة ، وإلا كان للوالد أخذها منها .

(١) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤١٠ وانظر كذلك المادة ٤٠٢ وتقتضى بأن « السلطة الشرعية أن تأذن بالحضانة إلى أم الأم إذا كانت حضانة الأب غير موافقة » . والفروض في الواقع أن الكلام من حق أم الأم في الحضانة يثار بعد حق أم الأب ، لا بعد حق الأب كما جاء في هذا النص . وعلى أية حال فإن إعطاء السلطة الشرعية النظريتين هو أولى بالحضانة ، بحسب الظروف ، يخفف من تعارض النصوص التي أشرنا إليها بالأمس السابق .

هذا وقد جاء في حكم حاضنة الاسكندرية في ٢١-١٢-١٩٥٣ صالح حتى ١ ص ٢٥٥ - ومشار إليه كذلك في خفاجي وراجح ص ١٥٥ - أنه « يتبين لإعمال الاتفاق بين الزوجين بالنسبة لحضانة أولادهما ، لأن الاتفاق ملاحظ فيه مصلحة الأولاد » .

من ثبت له الحضانة ، وإنما يمكن القول بأنه يلزم أن يتوافر بالنسبة لمن ثبت له البلوغ والعقل ، والديانة ، والأمانة ، والقدرة على تربية الصغير . وضرورة توافر شروط معينة فيمن ثبت له الحضانة هو ما يفهم من نصهم على أن الأولوية تنتقل من الأم إلى الرجل « إذا كان من حال الأم ما يدعو إلى ذلك » . وهو ما يفهم كذلك من نصهم على أن « للسلطة الشرعية أن تأذن بالحضانة إلى أم الأم ، إذا كانت حضانة الأب غير موافقة » ، أى إذا لم تتوافر شروط الحضانة . وبصفة عامة ، فإن جعل الأمر في النهاية ، بالنسبة للاختيار من هو أصح للحضانة ، للسلطة الشرعية ، يعنى أنها تختار أو ترفض على أساس توافر أو عدم توافر هذه الشروط فيمن يقضى له بها . على أنه إذا كان يلزم أن تتوافر الشروط السابقة ، فإن الحضانة قد تثبت للأم ، حتى ولو كان الطلاق بسببها^(١) ، بل إنه يبدو أن مجرد زواج الأم لا يجعلها تفقد

(١) ذلك أن المادة ٤٠٠ تجمل للمطلقة رفض الحضانة . ومعنى هذا أن لها الحق فيها ، والمطلقة هنا بمعناها المطلق ، يمكن أن تشمل أى مطلقة ، مهما كان سبب الطلاق ، متى توافرت فيها أهلية الحضانة ، وإن كان يمكن أن يدخل خطأها في الاعتبار فلا يقضى لها بها متى كانت غير أهل للحضانة . ويبدو أن محكمة النقض عندنا تقر هذا الحكم ، إذ قضت بأنه « إذا كان للحكم النافى بتطبيق الزوج من زوجته قريبة طبقاً للشرعية الموسومة لطائفة التراثين قد أحال الدعوى إلى التحقيق لتثبت من أهلية المطلقة للحضانة » ، فإن إحالة الدعوى إلى التحقيق لا تتعارض مع ما انتهت إليه المحكمة من قيام مير الطلاق . إذ أن الأم لا تحرم من حضانة ولدها إلا إذا كانت لا تؤمن على أخلافه ونفسه بسبب اعوجاج سلوكها ، وهو ما أرادت المحكمة تحقيقه » (نقض في ١٠ يناير ١٩٥٧ بمجموعة المكتب النسي ٨ عدد ١ رقم ٦٠) . وعلى ذلك فإنه لا يمكن أن تطلق الزوجة قريبة حتى تتسدم أهليتها للحضانة . وذلك أنه في حالة الطلاق - كما جاء في الحكم السابق - تكون الحضانة للأم إذا كانت أهلها ، فإذا لم تكن كذلك ، فهي للأب . والإحالة إلى التحقيق لتثبت من أهلية المطلقة للحضانة لا يتعارض مع ما انتهت إليه المحكمة من قيام مير الطلاق . وانظر كذلك جيل للشرقاوى في مقاله من آثار الطلاق في شرائع غير المسلمين بمجلة المحاماة س ٤١ ص ٢٣١ حيث يقول « إن شريعة اليهود الرابانيين لا تقيم صلة بين المسئولية عن الطلاق وبين الحق في الحضانة » .

حقها في الحضانة^(١).

وإذا لم تتوافر الشروط السابقة، لا يكون الشخص أهلاً للحضانة، وتكون لمن يليه في الترتيب، مع مراعاة حق السلطة الشرعية في الاختيار، كما قدمنا . .
أجر الحضانة : ليس لمن تثبت له الحضانة أجرًا عليها ، وإنما يلزم الأب بالنفقة شرعاً للرضيع والمحصون. وهذه النفقة تقدر بقدر ميسرة الأب، ومنزله بين الناس^(٢).

مكان الحضانة : يجب على الحاضنة أن تقيم في بلد الأب . فإذا كانت الحضانة للأم ، فليس لها أن تنتقل بالمحصون من بلد أبيه ، وإلا كان الأب أولى به (م ٣٩٤) . هذا إذا كان المحضون ولداً (ذكرآ) . أما كانت المحضونة بنتاً ، فالسلطة الشرعية أن تأذن بالانتقال إذا تراءى لها (م ٣٩٥) . وإذا اقتضت الزوجية بوفاة الأب ، وأرادت الأرملة أن تنتقل بالرضيع من موطن أهلها ، فلا يجوز لها ذلك بغير رضاهم ، ما لم تأذن لها السلطة الشرعية^(٣) .

انتهاء الحضانة : تستمر الحضانة بالنسبة للولد حتى يكمل ست سنين :

(١) وهو ما يفهم من المادة ٣٩٣ التي لا تجبل للأب حق الأولوية لمجرد زواج الأم .

(٢) تنص م ٤٠٩ على أن « الحضانة لا أجر لها » وإنما للرضيع والمحصون النفقة شرعاً « كما تنص م ٤٠١ على أن « نفقة الحضانة على الأب بقدر ميسرته ومنزله بين الناس » .

(٣) انظر المادة ٣٩٩ من إين شمعون .

وبالنسبة للبنت حتى تزوج^(١) ، وهذا الحكم عند الربانيين^(٢) .

§ - ٣ - الولاية على النفس - ضم الصغير

٢٠٢ مكرو (٢٤) : التعريف بها واحكامها : تعلق الولاية على النفس بنقل الصغير من يد من له حضانته إلى من ثبت له الولاية ، يقوم برعايته وتربيته وتزويجه إذا لزم ، وذلك حتى يبلغ رشده^(٣) . وقد عرفت المادتان ٦٣٢ و ٦٣٦ من ابن شمعون بالنسبة للبنت والولد إذ قضت المادة ٦٣٢ بأن « الولاية على النفس كناية عن حق التربية والتعليم ، واستخدام البنت عند من يريد أبوها ، وتزويجها لمن شاء ، وإنهاء ندرها ويمينا .. »^(٤) . وبالنسبة للولد (الابن) قضت المادة ٦٣٦ بأن « ولاية الأب على النفس والمال ، فله تربية ابنه وتعليمه ثم قبض أجره عمله ، وما قد يعثر عليه في الطريق ، مادام على نفقته ولو بلغ » .

(١) وهذا في حالة ما إذا كانت الحضانة للأم ، كما جاء في المادة ٢٩١ من ابن شمعون . ومع ذلك ، فانه « إذا لم يرغب الولد إلا أن يقيم مع أمه بعد مدة حضنته ، فليس لأبيه أخذه بالقوة ، ولا يمنع هذا من قيامه بشئونه » (م ٢٩٧) . وكذلك في حالة ما إذا كان هناك وصي على الصغير . فإذا تعلق الولد بأمه بعد انتضاء مدة حضنته ، فليس لوصيه أخذه منها (م ٤٠٧) . وهذا مع مراعاة حكم المادة ٤٠٥ من أنه إذا أوى الولد مفارقة أمه فلا يلزم أبوه بنفقته . أما بالنسبة للبنت ، فلها إذا شامت أن تقيم مع أيها أو مع اخوتها ، إذا حلت للأب ، فلا مانع (م ٢٩٨) .

(٢) ويبدو أن الأحكام الخاصة بالقرائين لا تفرق بين الذكر والأنثى ، إذ تجبل للأم حضانة المولود حتى يكبر ، دون تحديد لسن معين . وإذا كان المولود (ذكر أم أنثى) فلا يطبق مفارقتها فلا يليق أخذه منها قهراً (شطار الحضر ص ١٤١) .

(٣) انظر ما سبق لنا يأنه في هذا الصدد في الشريعة المسيحية رقم ١٩٤ من ١٩٨٢ .

(٤) انظر باق نص المادة ٦٣٢ ، وهو يرف الولاية على النفس والمال معاً ، كما جاء نص المادة ٦٣٦ بالنسبة للولد على ما سترى فيها بلى .

ومن الواضح أن التعريف هنا ينصرف إلى الولاية على النفس والمال معاً . والمهم بالنسبة للولاية على النفس أنه يكون على الولى واجب الرعاية والتربية والتعليم^(١) وتزويج البنت .

وإذا كانت القواعد الخاصة بالربانيين تنظم أحكام الولاية النفس والمال معاً ، فإنه لم يعد لأحكام الولاية على المال من أهمية بعد أن وُحِدَتْ قواعدها بالنسبة لجميع المواطنين ، كما قدمنا . أما ما جاء بالنسبة للولاية على النفس من أحكام ، فإنه يجب العمل به ، متى توافرت شروط تطبيق الشريعة اليهودية ، وفيما لا يتعارض مع ما جاء به المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بالنسبة لحالات سلب الولاية على النفس وجوباً أو اختيارياً ، طبقاً لما بينا من قبل عند كلامنا عن الولاية على النفس في الشريعة المسيحية^(٢) .

من تثبت الولاية ؟ يفرق الربانيون في هذا الصدد بين البنت والولد . ذلك أنهم بالنسبة للبنت يعملون لأنها حضانها — في الأصل — إلى أن تزوج (م ٣٩١) ؛ ومع ذلك فإنهم يعملون للأب الولاية شرعاً على بنته في النفس والمال إلى أن تزوج وتبلغ رشدها ، ولو كانت في حضانة أمها (م ٦٣١) . أما بالنسبة للولد ، فإنه إذا اقتضت حضانته بلوغ الست سنين ، كان لأبيه أخذه . وهذا الحق في أخذ الولد ، أو ضمه ، ينتقل بعد وفاة الأب إلى أب الأب .

(١) وتهتم القواعد الخاصة بالربانيين بتعليم الدين ، فتتمس المادة ٦٦١ على أن « الاتفاق على التصرف في تعليمهم الدين لازم ، ولو كانوا غير مكلفين شرعاً بفروضه لسنهم » .

(٢) انظر فيما سبق ، رقم ١٩٧ وخاصة من ٩٨٩ وما بعدها .

فاذا لم يكن ، بقى الولد فى حضانة أمه ولو أوصى الأب بصغير ذلك . فاذا مات انتقل حق الأخذ إلى أمها^(١) .

شروط من تثبت له الولاية : لا تتضح هذه الشروط من القواعد التى أوردتها الربانيون فى هذا الصدد ، وإنما يمكن القول ، كما هو الشأن بالنسبة للحضانة ، أنه يلزم شرط الديانة والبلوغ والعقل ، وحسن الخلق ، والقدرة على القيام بواجبات الولاية بصفة عامة . والسلطة الشرعية النظر فى توافر هذه الشروط ، فاذا لم تتوافر ، أو لم يتوافر أحدها . كان لهذه السلطة أن تبين شخصاً آخر^(٢) .

(١) انظر م ٤٠٥ و ٤٠٦ من أين شمعون . هذا هو ما جاء فى صدد الكلام من الحضانة . وقد عرضت النصوص الواردة فى الباب الخاص بالولاية بصفة عامة ، لمن تثبت له الولاية على الولد ، فقررت أنها للسلطة الشرعية ، ثم لأبيه ، ثم لجدّه من الأب ، ثم لأمه (م ٦٣٤) ثم بنت المادة ٦٣٥ أن « ولاية السلطة الشرعية هي أنها تقيم للولد وصياً إذا لم تزأ به يؤتمن على ما قولد من مال » . والواقع أن الأمر يتعلق فى هذه الحالة الأخيرة بتعيين وصى بالنسبة للولاية على المال . وإذا كان يمكن أن يكون للأب الولاية على النفس والمال ، فإن ولاية الجد والأم من بعده إنما هي على النفس إذا تولى الأب (انظر م ٦٣٦ و ٦٣٧) . ويراعى أنه لا ينبغي أن يحل تطبيق الأحكام الواردة فى هذا الصدد بالأحكام الواردة فى المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال .

أما بالنسبة للقوانين فإن الحق فى ضم الصغير بعد انتهاء الحضانة يكون للأب ، وهذا ما يفهم مما جاء فى شعار الحضر ، ص ١٤١ .

وعلى أية حال ، فإنه يمكن القول بالرجوع فى بيان أحكام الضم بصفة عامة بالنسبة للقوانين ، إلى ما أوردده الربانيون على اعتبار أن تنظيمها ليس من المسائل الخلافية بين المذهبين (جبل الفرقاوى ، مقال السابق بحجة الحاماة ص ٤١ و ٢٣٢) .

(٢) واستلزام توافر شروط معينة فىمن تثبت له الولاية يفهم من نص المادة ٦٣٥ التى =

سلب الولاية والحد منها : إذا لم تتوافر في الولي الشروط السابقة ، كان للسلطة المختصة أن تسلبها منه ، وتعين من يليه في الأثقية . وإلى جانب ذلك فإن هناك حالات نص عليها القانون يتعين فيها سلب الولاية على النفس من ثبوت له ، وحالات يجوز فيها سلب الولاية أو وقف كل حقوقها أو بعضها . وهذه الحالات عامة بالنسبة للجميع ، على ما بينا .

هذا وقد رأينا كذلك أن القانون قد أجاز بالنسبة للأولياء في بعض الحالات أن يطلبوا استرداد الولاية أو ما سلب منهم من حقوق ، طبقاً لما سبق بيانه من قبل ^(١) .

انتهاء الولاية : تظل الولاية على البنت إلى أن تتزوج وتبلغ رشدها . وإذا بلغت أو طلقت زالت الولاية عنها ، ولو ظلت قاصرة ^(٢) . أما بالنسبة للولد فإن الولاية تظل عليه إلى أن يبلغ رشده . وسن الرشد في الشريعة اليهودية عشرون سنة ^(٣) . وهذه هي السن التي تنتهي فيها الولاية على النفس . أما الولاية على المال فتنتهي ببلوغ الحادية والعشرين بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين .

= تحيل السلطة الشرعية أن تقيم وصياً إذا لم ترأياه يؤتمن على ما للولد من مال « ولو أن الأمر يتعلق بالولاية على المال » إلا أنه يترتب مبدأ توافر شروط معينة في الولي . وهو ما يفهم كذلك من نص المادة ٦٤٨ والذي يقضى بأن على السلطة الشرعية مراقبة وصيها « فإذا لاحظت ما يوجب تغييره بإدبرت وغيرته .

(١) انظر بالنسبة لاسترداد الولاية ص ٩٩٣ فيما سبق .

(٢) انظر المادتين ٦٣١ و ٦٣٣ من ابن شمعون .

(٣) انظر المواد ٦٧٧ و ٦٧٨ و ٦٧٩ من ابن شمعون .

الباب الثاني

رابطة القرابة

٢٠٣ - تقسيم : تتحدد القرابة على أساس مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة نسب أو رابطة مصاهرة . وهذا ما تعرض له القانون المدني بالتنظيم ، مما يؤدي إلى تعيم القواعد التي تكلم عنها في هذا الصدد على جميع المواطنين على اختلاف دياناتهم ومذاهبهم ، في حدود ما جاءت به تلك القواعد . ولكن الشريعة المسيحية بصفة خاصة قد تكلمت عن أنواع أخرى من القرابة ورتبت عليها آثاراً معينة ؛ فهناك قرابة تنشأ عن الرضاع وهناك قرابة تنشأ بطريق صناعي وهي القرابة التي تنشأ عن التبني . ثم إلى جانب ذلك هناك القرابة الروحية أو قرابة الأشابين . ونرى أن نعرض في إيجاز للمصادر المختلفة التي تنشأ منها القرابة أو لأنواعها المختلفة ، فإذا ما اتينا من ذلك عرضاً للآثار التي تترتب عليها ، وبصفة خاصة في نطاق الأحوال الشخصية ، لدى غير المسلمين .

الفصل الأول

الأنواع المختلفة للقرابة

٢٠٤ - قرابة النسب : هي القرابة التي تقوم بين الأشخاص على أساس الدم المشترك ، ولاشترآكهم في أصل واحد . فيعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك . وقد نصت المادة ٣٤ مدنى على هذا بقولها : « ١ - تكون أسرة الشخص من ذوى قربه ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . وهذا النوع من القرابة إما أن يكون قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة (قرابة حواشى) . ولا تختلف الأحكام الواردة في هذا الشأن باختلاف ديانات الأفراد .

parenté en ligne directe القرابة المباشرة أو القرابة على الخط المستقيم هي الصلة بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والأب والابن ، ويستوى في ذلك أن يكون الفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الإناث . فالقرابة تقوم بين الجد وفروعه الذين ينحدرون عنه كالبنت وبنت البنت أو ابن البنت ، وكذلك تقوم بين الجدة وفروعها كالابن أو البنت وفروع أى منهما ذكراً أو إناثاً .

أما قرابة الحواشى ، فهي قرابة غير مباشرة أو على الخط غير المستقيم parenté en ligne collatérale وهي راجلة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ، أى لا ينحدر أحدهم من الآخر ،

وإن اشتركوا في أصل واحد . مثل قرابة الأخ لأخيه ، فهي قرابة غير مباشرة إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ، وإنما يلتقيان عند أصل مشترك هو الأب ، وكذلك يعتبر من هذا النوع قرابة الأعمام والعمات والأخوال والحالات وفروع كل من هؤلاء ، إذ يلتقى الشخص مع عمه أو عمته أو خاله أو خالته عند الأصل المشترك وهو الجد لأب في الحالة الأولى والجد لأم في الحالة الثانية .

وقد بينت المادة ٣٦ مدنى كيفية احتساب درجات القرابة سواء كانت قرابة مباشرة أم قرابة حواشى . فبالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعلى ذلك يعتبر الابن في الدرجة الأولى وابن الابن في الدرجة الثانية وهكذا . وبالنسبة لقرابة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك ، ثم نزولاً من الأصل إلى الفرع الآخر . وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة . فالأخ مثلاً في الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه وأخته . لأن الأصل المشترك بينهما هو الأب ، والصلة بين الأخ والأصل والمشارك (الأب) درجة ، وبين الأصل (الأب) والأخ أو الأخت درجة ، فيكون المجموع درجتين ... وهكذا ^(١) .

وهذا النوع من القرابة يقوم عن طريق ثبوت النسب . وقد سبق لنا التمرض لثبوت النسب وبتنا أن هذا الموضوع يمد من مسائل الأحوال الشخصية ، وأن القواعد الخاصة بنسب المسلمين تنطبق دون جدل في حالة ما إذا

(١) انظر مؤلفنا في المدخل للمسلم القانونية الجزء الثانى في نظرية الحق ، ١٩٦٠

١٥٠-١٥١ . وانظر فيما سبق رقم ١١٨ ص ٥٤٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

رفعت دعوى النسب استقلالا ، وبشرط أن تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ^(١) .

وبيث النسب ، كما قدمنا ، عن طريق مستخرج من السجلات يتضمن صورة من القيد الذي أجرى في سجل المواليد . فإذا ما وجد هذا المستخرج ثبتت البتة عن طريقه . ولا يمكن إثبات عكس ما جاء به أو بالسجلات ، كما لا يمكن إثبات بطلانه أو تزويره إلا بحكم قضائي . فإذا لم يوجد هذا الدليل أصلا ، جاز الإثبات بكافة الطرق ^(٢) .

وقد سبق لنا التعرض لثبوت النسب حال قيام الزوجية وكذلك لثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين ، سواء عن طريق التصحيح أم عن طريق الإقرار بالنسب والادعاء به ، أم عن طريق القضاء ، طبقا لأحكام الشريعة المسيحية ^(٣) . كما رأينا كذلك أحكام الشريعة اليهودية بالنسبة لثبوت النسب حال قيام الزوجية ، وإثبات النسب من زواج لم يستكمل أركانه ، وإثبات نسب الولد من زواج ثان ، والإقرار بالنسب ، وإثبات نسب القبط ^(٤) .

(١) انظر فيما سبق فقرة ١٩ ص ٧٠-٧٣ . وكذلك فقرة ١٤٤ وما بعدها ص ٧٤٦ وما بعدها بالنسبة للمسيحيين وفترة رقم ١٤٧ مكرر (٩) وما بعدها ص ٧٨١ بالنسبة لليهود .

(٢) انظر ما سبق ص ٧٤٨ و ٧٤٩ هامش ١ .

(٣) انظر فيما سبق ، رقم ١٤٥-١٤٦ ص ٧٤٣ وما بعدها .
وبالنسبة لثبوت النسب طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية انظر : أبو زهرة ، السابق ص ٣٨٤ وما بعدها . محمد يوسف موسى السابق ط ١ ص ١٩٥٦ ص ٣٦٠ وما بعدها .
مصر عبد الله ، السابق ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٤) انظر فيما سبق ، رقم ١٤٧ مكرر ١٠ وما بعدها ص ٧٨٣ وما بعدها .

٢٠٥ - قرابة المصاهرة: هي القرابة التي تقوم نتيجة للزواج . وهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت المادة ٣٧ مدنى على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فأقارب الزوج قرابة دموية في الدرجة الأولى أو الثانية يعتبرون في نفس القرابة والدرجة للزوجة عن طريق المصاهرة في الدرجات نفسها ، وهذا هو الحكم بالنسبة لأقارب الزوجة ^(١) .

ولا تقوم قرابة المصاهرة إلا بالزواج الصحيح حتى لو لم يكن مكتملا بالدخول على نحو ما ينشأ من قبل . ولا تثار صعوبة ما بالنسبة لاثبات القرابة الناشئة عن المصاهرة ، فهي تثبت بقيام زواج صحيح بين الزوجين ، ومتى ثبت ذلك قامت القرابة وثررت عليها آثارها ، سواء لدى المسيحيين أم لدى اليهود .

٦٠٢ - الأنواع الأخرى من القرابة التي نظمها الشرائع الدينية : هناك أنواع من القرابة لا تقوم على النسب أو المصاهرة ، ولكنها تقوم على أسس أخرى . نصت عليها القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية . وهذه هي القرابة الروحية والقرابة الناشئة عن التبني ، والقرابة الناشئة عن الرضاع . وقد سبق لنا التعرض لهذه الأنواع المختلفة من القرابة بصدد الكلام عن موانع الزواج في الشريعة المسيحية ^(٢) .

(١) انظر ما - بقى فقرة ١١٩ ص ٥٤٩ .

(٢) انظر ما سبق فقرة رقم ١٢٠ - ١٢٢ ص ٥٥٥ وما بعدها . وهذه الأنواع من القرابة لا تمنعها العزيمة اليهودية .

القراية الروحية : هي القراية الناشئة عن العباد المقدس والتي تقوم بين خادم سر العباد (الشين أو الإشين) وبين الشخص الممعد والديه .

ويثبت هذا النوع من القراية بقبول الشين الثابت في السجلات المعدة لذلك ، وإلا بشهادة الشهود على قيام هذا النوع من القراية . وقد ثبتت ترتب عليها أثرها من حيث اعتبارها مانعا من موانع الزواج في الحدود السابق بيانها عند الكلام عنها كالتابع من موانع الزواج^(١) .

القراية الناشئة عن التبني : والتبني كما رأينا من قبل نظام قانوني يقوم فيه شخص بالتخاذل آخر ولدآله ، فهو ينشئ علاقة بنوة وأبوة صورية أو صناعية . وقد رأينا أن هذا النظام معروف في الشريعة المسيحية ، ولكن الشريعة الإسلامية لا تعترف به ، ولهذا لا يترتب عليه في الشريعة أية آثار .

وقد رأينا أن من الطوائف المسيحية ما ينظم التبني ويرتب عليه آثارا معينة ، وأنه لكي يقوم التبني يلزم أن تتوافر شروط معينة ، شروط موضوعية وشروط شكلية . ولهذا إذا ما أريد معرفة ما إذا كان التبني صحيحا ترتب عليه آثاره لا بد من التحقق من توافر الشروط الخاصة والتي سبق لنا بيانها^(٢) .

وإذا ما ثبت قيام التبني وتوافرت الشروط المطلوبة فانه يرتب آثارا مختلفة ، وقد رأينا ذلك من حيث اعتباره مانعا من موانع الزواج في الشريعة

(١) انظر ما سبق فقرة ١٢٠ ص ٥٥٥ .

(٢) انظر فيما سبق فقرة رقم ١٤٧ و ١٤٧ مكرر ومكرر (١) ص ٧٠٨ وما بعدها .

المسيحية^(١). كما رأينا الآثار التي تترتب عليه من الوجوه الأخرى من التسمي باسم المتبنى ومن حيث ثبوت حق التأديب والتربية للمتبنى وكذلك من موافقة هذا الأخير على زواج المتبنى إن كان قاصراً. كما أن التبنى يرب الفقير من الطرفين حقاً في النفقة.

وقد رأينا كذلك أنه لا يترتب على التبنى كافة الآثار التي تترتب على البنوة الحقيقية، وأن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس لا تميز التوارث، إلا عن طريق الوصية^(٢).

القراءة الناشئة عن الرضاع: رأينا أن بعض الكنائس تعرف هذا النوع من القرابة، وهي الكنائس السورية والأرمنية والقطبية. ويثبت الرضاع بكل

(١) انظر فيما سبق، فقرة ١٢١ ص ٥٥٩ وما بعدها.

(٢) انظر فيما سبق ص ٧٦١ - ٧٦٢. وانظر كذلك المواد ١١٩ وما بعدها من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط. وهي تقابل المواد ١١٤ وما بعدها من مجموعة ١٩٥٥. وانظر كذلك المادة ١٤٥ من مجموعة الممريان. وانظر المواد ٩٧-٩٩ من مجموعة الاومن وقد أشير إلى ما جاء في هذه المواد في ص ٧٦٢ بالهامش فيما سبق. وانظر المادتين ٦٠، ٦١ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك. وتنس م ٦٠ على أن تكون علاقة المتبنى (بالكر) بالمتبنى (بالنتج) علاقة الأب بأولاده الصليين من حيث الواجبات والحقوق. ويكون للمتبنى (بالفتح) حق الإرث هؤلاء. وتنس م ٦١ على أنه «إذا توفى المتبنى (بالفتح) من عقب كان للمتبنى (بالكر) وفروعه من بعده أن يستردوا من تركه المتبنى الأموال التي وصلت إليه من المتبنى أو من تركه. وإذا توفى من عقب حال حياة المتبنى (بالكر) ثم انقرض عقبه كان حق استرداد الأموال المذكورة للمتبنى (بالكر) وحده دون فرعه». وانظر كذلك بالنسبة للكاثوليك القواعد التي جمعا فيليب جلاب، السابق ص ٣٧٥. المادة ٧٩.

ما يدل على وقوعه، ويمكن الاستنارة في هذا الصدد بأحكام الشريعة الإسلامية على اعتبار أن القواعد الطائفية متأثرة في هذا الموضوع بأحكامها^(١). والأثر المترتب على الرضاع في هذه الحالة هو اعتباره مانعاً من موانع الزواج على الوجه السابق بيانه في حينه .

(١) انظر فيما سبق رقم ١٢٢ ص ٥٦٣ .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على القرابة

(نفقة الاقارب)

تمهيد

٢٠٧ - حصر هذه الآثار في نطاق الأحوال الشخصية - نفقة الاقارب - اصل وجوبها : يترتب على القرابة آثار قانونية ممتدة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها^(١). فللقرابة خارج نطاق الأحوال الشخصية آثار قانونية هامة من حيث مدى ما يثبت للشخص من حقوق ومدى نشاطه القانوني . وهذه الآثار تخضع في تنظيمها للنصوص القانونية التي تعرض لها^(٢).

وإذا كان كلامنا عن آثار القرابة يقتصر على نطاق الأحوال الشخصية ، فالتا لن نعرض هنا لجميع الآثار التي تترتب على القرابة في هذا النطاق . فلن نعرض هنا للميراث . كما أننا لن نعرض لآثار القرابة من حيث اعتبارها مانعا من موانع الزواج ، فقد سبق لنا التعرض تفصيلا لهذا الموضوع لدى المسيحيين واليهود ، وبيننا إلى أى مدى تعتبر القرابة مانعا من الزواج في هاتين الشريعتين ، كما بينا ما ينظمه القانون المدني من قواعد تسرى في هذا الشأن على الجميع بالنسبة لقرابة النسب وقرابة المصاهرة ، وبيننا أيضا ما تنفرد الشريعة المسيحية بتنظيمه

(١) انظر مؤلفتنا في نظرية الحق ، ص ١٥٢-١٥٣ .

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ٢٢٢ والمادة ٥٠٢ و ١/١٩٢٩ ب من القانون المدني والمادة ٢٣١ و ٢١٢ من قانون المرافعات .

من أنواع القرابة دون الشريعة اليهودية وهي القرابة الروحية والقرابة الناشئة عن التبني ، والقرابة الناشئة عن الرضاع .

ولعل أهم ما يبق لنا بعد ذلك من آثار تترتب على القرابة هو الالتزام بالنفقة ، وسنمرض له بصفة أساسية باعتباره التزاما ينشأ على أساس قرابة النسب ، أما الأنواع الأخرى من القرابة فقد عرضنا لما يترتب عليها من آثار في حينها . والنفقة المقصودة هنا غير النفقة الزوجية التي تترتب على قيام الزواج صحيحاً فيما بين الزوجين . وقد سبق أن بينا أن الالتزام بالنفقة للأقارب يدخل في نطاق مسائل الأحوال الشخصية^(١) . ولهذا فالتزام نمرض لهذا الالتزام من حيث أصل وجوبه ومع مراعاة أن امتناع القريب عن الاتفاق على قربه ، إذا وجب عليه ذلك يميز الحبس ، كما هو الشأن بالنسبة لحبس الزوج لنفقة زوجته .

أصل وجوب الالتزام بالنفقة - وجوبها لدى المسيحيين واليهود : إذا كانت النفقة الزوجية تفرض أصلاً على الزوج لزوجته نظير احتباسها من أجله أو استعدادها لذلك ، فإن نفقة القرابة تقوم على أساس الصلة ، والصلة - كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية - لا تكون إلا للمحتاج ، ولهذا ينبغي أن يكون القريب محتاجاً لكي يستحق النفقة ، إذ أن فيها معنى الصدقة والبر بذوى القربى

(١) انظر حكم النقض في ٢٦ يونيو ١٩٥٦ بمحكمة س ٣٧ رقم ٢٩٧ ص ٥٥٤ . وانظر حكم الاسكندرية الجزئية في ٣٠-٣-١٩٥٦ رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) حيث رأت المحكمة تطبيق أحكام لائحة الأقباط الأرثوذكس بمجموعة (١٩٣٨) . وقد جاء في حكم النقض سالف الذكر أن «دعوى نفقات ذوى الأرحام من طائفة الأقباط الأرثوذكس هي مما يدخل في ولاية المجلس إلى العام للأقباط الأرثوذكس وفقاً لحكم المادة ١٦ من الأمر العالي الصادر بتاريخ ١٤ من مايو ١٨٨٣ المعدل بالقانون رقم ١٩ سنة ١٩٢٧» . وهذا بطبيعة الحال في الوقت الذي كانت فيه المجالس المليّة قائمة .

ولقد حدث الكتاب المقدس في نصوص كثيرة ، على بر ذوى القربى . كما جاء ذلك أيضا في رسائل الرسل وتعاليمهم .

فقد جاء في سفر الخروج « أكرم أباك وأمك لكي تطول أيامك على الأرض التي يعطيك الرب إلهك ... »^(١) . وجاء في رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس : « أيها الأولاد أطيعوا والديكم في الرب لأن هذا حق . أكرم أباك وأمك التي هي أول وصية بوعد... »^(٢) . وفي رسالته الأولى إلى ثيموتاوس يقول : « إن كان لمؤمن أو مؤمنة أرامل فليساعدن ... »^(٣) . كما جاء في إنجيل متى أن المسيح أوصى أحد التلاميذ جاء إليه ليخبره قائلا « يا معلم أية وصية هي العظمى في التاموس . فقال له يسوع تعب الرب إلهك من كل قلبك ومن كل فكرك : هذه هي الوصية الأولى . والثانية مثلها تعب قريبك كمنفسك »^(٤) . وأورد ابن العسال مشيرا إلى الدستولية « أكرم آباءك الجسدانيين لأنهم سبب ولادتك » ويشير إلى أنه ورد في قوانين منسوبة للملوك : « ولله على الابتكار حفظ الامهات والأخوة بعد آباءهم .. »^(٥) .

ومن هذا كله نتبين أن بر الوالدين والاقارب يُعد من المسائل التي ترجع

(١) الخروج : إصحاح ٥٠ عدد ١٢ . وانظر كذلك سفر التثنية : إصحاح ٥ عدد ١٦ ، وكذلك إنجيل متى : إصحاح ١٥ عدد ٤ ، وإنجيل مرقس : إصحاح ٧ عدد ١٠ .

(٢) إصحاح ٦ عدد ١ وما بعده .

(٣) إصحاح ٥ عدد ١٦ .

(٤) متى إصحاح ٢٢ عدد ٣٦-٣٩ .

(٥) ابن العسال ، السابق ص ١١٦ والهامش . وانظر كذلك الدستولية (تعاليم الرسل)

الطبعة الثانية (١٩٤٠) ص ٧٦ .

إلى الكتاب المقدس سواء في عهده القديم أم في عهده الجديد ، كما ترجع إلى المصادر الدينية الأخرى . ولهذا يمكن القول بإعمال القواعد المتعلقة بالالتزام بالنقطة بين الأصول والفروع . وبين الأقارب بصفة عامة لدى جميع غير المسلمين من مسيحيين ويهود ، سواء منها ما نظم الأحكام المتعلقة بهذا الالتزام ، أو ما لم يتعرض له بالتنظيم . حقا إن القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية قد تعرضت للموضوع بتنظيم أوفى من غيرها ، إلا أنه طالما أن المبدأ مستقر عليه من حيث إمكان قيام الالتزام بالنقطة بين الأصول والفروع والأقارب ، فإن من الممكن إعمال المبادئ التي سنعرض لها فيما يلي لدى الطوائف التي لم تنظم هذا الموضوع . ومن ناحية أخرى يمكن الاستئثار في هذا الصدد بأحكام الشريعة الإسلامية خاصة أن الأمر لا يتصل بالعقيدة الدينية .

ولما كانت الشريعة اليهودية لم تعرض لهذا الموضوع بصورة مفصلة ، وإنما عرض الرابانيون لبعض صور تكلموا فيها عن النقطة بين الأقارب فإننا نرى الاكتفاء في صدد الكلام عن الشريعة اليهودية بالإشارة إلى تلك الأحكام التي عرض لها الرابانيون ، وسنحيل فيما عدا ذلك إلى المبادئ العامة التي تحكم هذا الموضوع ، سواء فيما تعرض له من أحكام الشريعة المسيحية ، أم فيما تضمنه الشريعة الإسلامية من أحكام في هذا الصدد . وسنبدا فيما يلي بالكلام عن أحكام نقطة الأقارب أولا في في الشريعة المسيحية ، ثم في الشريعة اليهودية .

للبحث الاول

في الشريعة المسيحية

٢٠٨ - مجيد : وأينا أن نفقة الأقارب تسند في أصل وجوبها إلى الكتاب المقدس وتعاليم الرسل ، وإلى المراجع الأولى في الشريعة المسيحية . وقد نظمت بعض الطوائف هذه النفقة . ولهذا نعرض فيما يلي للأحكام المتعلقة بها ، فتكلم أولا عن شروط وجوبها ، ثم تكلم بعد ذلك عن الأشخاص الذين يقوم بينهم الالتزام بها ثم ، عن الأحكام المتعلقة بهذه النفقة من حيث أدائها ، وأساس تقديرها ، واقتضاء الالتزام بها وسقوطها . وسنراعى بقدر الإمكان تلافى تكرار ما هو مشترك بين الالتزام بالنفقة هنا والنفقة الزوجية من أحكام .

٢٠٨ مكرر - **أولا شروطها** : إذا كانت النفقة يجب بين الأصول والنوع والأقارب بصفة عامة فإنه يشترط لإيجابها شروط معينة . سواء في طالب النفقة أم بالنسبة لمن تفرض عليه .

أما بالنسبة لطالب النفقة فيلزم أن يكون في حاجة إليها . وأن يثبت عجزه عن التكسب . فلا بد أن يكون محتاجا إلى النفقة ، وذلك بأن يكون فقيرا لا مال له ، فإذا كان لديه ما يدرأ به عن نفسه غائلة الجوع والمهلك ، فإنه لا يستحق النفقة . ذلك أن نفقة الأقارب بصفة عامة تنقرر عند الحاجة إليها ، ولهذا إذا انتفت هذه الحاجة لا يقضى بها . إنما لا يلزم للقضاء بهذه النفقة أن يكون طالبا معدما لا مال له إطلاقا : فقد لا يكون لديه من المال ما يكفي لمواجهة نفقاته ، ولذلك يكون في حاجة إلى النفقة لتكامل له ما يلزمه في حياته . وتقدير حالة طالب النفقة من الأمور النسبية التي يرجع فيها إلى ظروف كل حالة

على حدتها . وإلى جانب حاجة الشخص يلزم أن يكون غير قادر على الكسب وأن يثبت ذلك ، وإن كان شرط القدرة على الكسب لا يلزم دائما . فهو لا يلزم في حالة نفقة الأصول على الفروع ، كما سئرى . ويتحقق عدم القدرة إذا كان طالب النفقة المحتاج مريضا مرضا مزمنلا يقوى معه على العمل ، بل إن هذا الشرط يتحقق بصفة عامة كلما وجد عائق يحول بين الشخص وبين التكسب ، سواء انبث هذا العائق من الشخص نفسه لأسباب صحية مثلا ، أم انبث من ظروف خارجية أخرى ، كما إذا كان نادرا على العمل والتكسب ، ولكنه لا يجد عملا ، أم أنه كان قادرا على العمل والتكسب ولكن حالت دون ذلك ظروف معينة ، كما إذا كان طالب علم مثلا ، كما سئرى فيما بعد .

هذا بالنسبة لطالب النفقة ، إذ يلزم أن يكون محتاجا وأن تثبت عدم قدرته على الكسب . أما بالنسبة لمن تفرض عليه النفقة فيجب أن يكون موبسرا . ويقصد بذلك أنه يلزم أن يكون قادرا على الاتفاق ليس فقط على نفسه ، بل وأيضا على من تفرض له النفقة ، مما يقتضى أن يكون لديه ما يفيض عن حاجته وحاجة من يلزم بهم من هم أولى من غيرهم من الأقارب^(١) .

وقد تعرضت المحاكم لشروط الالتزام بالنفقة بين الأقارب فطبقت الاحكام السابقة واستلزمت أن تتوافر الحاجة والمعجز عن الكسب لدى طالباها ، إلى جانب يسار المنفق ، فضلا عن شرط آخر هو اتحاد الدين^(٢) .

(١) وفي هذا المعنى تنقضى المادة ١٤٧٨ من القانون اللبنى اليونانى بأنه لا يلتزم بالنفقة من يكون في حالة لا يستطيع معها — إذا أدخلنا في الاعتبار ظروفه الأخرى — الوفاء بها دون أن يمرض نفقته الخاصة للخطر .

(٢) فقد جاء في حكم لمحكمة دمنهور الكلية في ٢٥-٦-١٩٥٧ (غير منشور) «حيث =

ويراعى بالنسبة لهذا الشرط الأخير - وهو شرط اتحاد الدين - أنه شرط لازم بصفة عامة لكي تنطبق شريعة غير المسلمين . فإذا اختلف طالب النفقة عن المطلوب إليه أداءها ، سواء في الدين أم في المذهب أم في الطائفة . لا توافر شروط تطبيق شريعته ، وتطبق الشريعة الإسلامية . ومع ذلك فإن إعمال قواعد الشريعة الإسلامية لا يحرم طالب النفقة الذي توافر فيه شروط استحقاقها - وهي لا تخرج في الشريعة الإسلامية عن الشروط سالفة الذكر - من الحكم له بها ، حتى مع اختلاف الدين ، في جميع الحالات . إذ أنه إذا كان لا يقضى بها للقريب على قريبه مع اختلاف الدين^(١) ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للوالدين غير المسلمين ، إذ يستحقان النفقة مع اختلاف الدين لأن الله تعالى أوصى بالوالدين ، حتى غير المسلمين إذ قال « وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما ، وصاحبهما في الدنيا معروفا » .

== أنه من المقرر شرعاً أن النفقة هي كل ما يئتم بقيام بأود الشخص من طعام وكسوة وسكن . ويشترط لوجوب نفقة القريب على قريبه أمور أربعة : أولاً : احتياج القريب الذي يطالب بالنفقة ، فإذا ما كان لديه ما يستطيع أن يسد به عن نفسه غائلة الهلاك الذي هو سبب النفقة لم تجب على قريبه . وهذا الشرط أشارت إليه المواد ١٤٧ و ١٤٩ من التقنين العرفي للأقطار الأرثوذكس . ثانياً : أن يثبت عجز طالب النفقة عن الكسب . ثالثاً : يسار المنفق على قريبه وأبناً : اتحاد الدين » . (وقد أورد هذا الحكم كذلك صالح حتى ، المرجع ج ٢ رقم ٧١٤ ص ٥٣٥) . وانظر حكماً آخر لمحكمة المنصورة في ٢٦-٣-٥٦ رقم ١٠١ ص ٥٦ أوردته صالح حتى جزء ١ ص ٣٠٨) وقد جاء به « يشترط في إيجاب النفقة على القريب أن يكون موسراً ، فلو كان ممسراً فلا تجب عليه ، ولا يتسبب الشخص موسراً إلا إذا ثبت أن عنده فاضل من نفقة نفسه وعياله ، بحسب استمداده للكسب . كما يشترط في طالب النفقة أن يكون ممسراً إذا حاجة إليها بأن كان مريضاً مرضاً مزمناً أو شتالاً أو هي ، أو كان من طبلة العلم ولا يمكنه التكسب . أما إذا لم تكن به عاهة تمنعه من الكسب ، فلا يتسبب محتاجاً ، ومن ثم فلا يكون محقاً في طلب النفقة » .

(١) ذلك لأن مبنى وجوب النفقة بين الأقارب هو التوارث ، ولا توارث مع اختلاف الدين « الدكتور محمد يوسف موسى » السابق ص ٤٦٢ .

هذه هي شروط وجوب الثقة بين الأقارب ، وهي من العمومية ، بحيث يمكن إعمالها لدى جميع الطوائف المسيحية ، بل ولدى غير المسلمين بصفة عامة^(١).

٢٠٩ - ثانيا . عل من تجب الثقة - تقسيم :

تجب الثقة بين طائفتين من الأقارب : فهي تجب بين الأصول والفروع ، كما تجب بين غير هؤلاء من الأقارب في حدود معينة ، بحيث إذا لم يوجد أحد منهم فلا تفرض على غيرهم ممن يعتبرون من الأقارب ولم ينص عليهم . وبعبارة أخرى إن الأقارب الذين تجب عليهم الثقة محددون على سبيل الحصر ، فلا يمكن القياس عليهم^(٢) . ونفرق بين هاتين الحالتين ، فنعرض لوجوب الثقة بين الأصول والفروع ، ثم نعرض لوجوبها بين الأقارب الآخرين .

٢١٠ - ١ - الالتزام بالثقة بين الأصول والفروع : يقوم بين الآباء والأبناء التزام متبادل بالافتقار . ويقع هذا الالتزام دون تحديد على الآباء ، وهم أصول الشخص وإن علوا ، وعلى الأبناء ، وهم فروع الشخص مهما نزلوا ، أي كانوا ذكورا أو إناثا ، وذلك كله متى توافر سببها .

(١) وتنس المادة ١٢٠ سريان على أن « أبناء الجنس الذين تحقق لهم الثقة م الأولاد وأولادهم ، والآباء والجدود البائسون الذين لا يمكنهم العمل ، سواء كان بسبب الصبوة أو الشيخوخة أو بداعي مرض قد اعترام » . والبعض لا يلزمون الأب بالصل ، وإن كان قادرا لأن إكرامه واجب ، فقد قال الله « أكرم أباك وأمك » (تك ٢٠-١٢) ، كما أنهم لا يلزمون الشريف بالصل بمحنة شاقة « وبالفصية لاختلاف الدين انظر المادة ١٢٢ سريان وهي تنص على أن « الابن المؤمن يلتزم بالثقة على أبيه وأجداده الغير مؤمنين أما الأب والأم والأجداد المؤمنون فلا يلتزمون بالثقة على الغير المؤمن » .

(٢) وهذا هو الحكم لدى الأقباط الأرثوذكس - كما جاء في حكم المحكمة الاسكندرية الجزئية لـ ١٦-٦-١٩٥٨ رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) .

ولا شك في قيام هذا الالتزام بين الآباء والأبناء الشرعيين الذين يولدون من زواج صحيح^(١). كما يسرى هذا الحكم كذلك بالنسبة للأبناء الذين صحح نسبهم واعتبروا شرعيين بالزواج اللاحق على ولادتهم ، إذ يكون لهم من الحقوق وعليهم من الواجبات كما لو كانوا مولودين من هذا الزواج ؛ فهم يصيرون شرعيين من كل النواحي^(٢). كما ترتب هذه الآثار كذلك في حالة الإقرار بالنسب والادعاء به ، إذ يلتزم المقر بالبنوة بالنفقة والتربية كما أن المقر له بالبنوة أو بالأبوة يكون له ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية وعليه ما على الأبناء للأبوين^(٣). ولكن إذا كان الإقرار بالنسب يجعل الأولاد الحقيقيين من حيث الحقوق والالتزامات ، فإنه ينبغي أن يراعى أن للاقرار آثاراً نسبياً ، ويجوز لكل ذي شأن أن ينازع في الإقرار بالنسب وفي الادعاء به^(٤).

(١) ويلحق الأولاد الذين يولدون من زواج ظني بالأولاد الشرعيين من حيث حقوقهم قبل الوالدين (انظر المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ للإقطاعات الأرثوذكسية . والمادة ١٠٣ من الإرادة الرسولية وهي تمنح للأولاد الذين يحمل بهم أو يولدون من زواج ظني حكم الأولاد الشرعيين المولودين من زواج صحيح . والمادة ٤٤ للإقطاعات الكاثوليكية التي تجعل الأولاد الذين يولدون من زواج ظني أمام الكنيسة وحكم بعد ذلك بيطالانه لوجود مانع مطلق شرعي ، بشرط أن يكون المانع مجهولاً من أحد الزوجين أو كليهما وقت الزواج أما من حيث حقوق الوالدين قبل الأبناء المولودين من زواج ظني فإن الأمر يختلف بحسب حسن أو سوء نية كل منهما . انظر ما سبق لنا يانه عند كلامنا عن آثار الزواج الظني من ٦٦٧-٦٦٩ من هذا الكتاب .

(٢) انظر ما سبق من ٧٤٩-٧٥٣ ، وانظر المادتين ٤٥ و ٤٦ من قواعد الأقطاعات الكاثوليكية .

(٣) انظر فيما سبق من ٧٥٣-٧٥٦ والمادتين ١٠٠ و ١٠١ من مجموعة ١٩٢٨ أقطاعات أرثوذكسية وبغالبا ٩٥ و ٩٦ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٤) انظر ما سبق من ٧٥٥ - المواد ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٥ من مجموعة ١٩٢٨ أقطاعات وبغالبا ٩٧ و ٩٨ و ١٠٠ من مجموعة ١٩٥٥ .

وأخيراً يترتب على إثبات النسب عن طريق القضاء ما يترتب من آثار على النحو السابق^(١).

وإلى جانب ذلك يقوم الالتزام بالنفقة في حالة التبني ، على نحو ما بينا من قبل بين المتبني والمتبني إذا كان أحدهما قهراً^(٢).

هذا عن تحديد الأشخاص الذين يقوم بينهم الالتزام بالنفقة ، سواء في حالة الأبناء الشرعيين أو من يلحق بهم^(٣) . ونعرض بعد ذلك لوجوب النفقة على الأصول ، ثم على الفروع .

(١) وجوب النفقة على الأصول : نصت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس على أنه « يجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب لولده الصغير الذي ليس له مال ، سواء أكان ذكراً أم أنثى إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه ،

(١) أنظر ما سبق ص ٧٠٦ .

(٢) أنظر فيما سبق ص ٧٦١ وكذلك ص ١١٠٣ وهامش ٢ .

(٣) ويقضى القانون المدني اليوناني في هذا الصدد بأنه يلحق بالقرابة الشرعية الناشئة عن الدم ، قرابات أخرى . فيلحق بهم الأولاد الذين يولدون من الزواج الذي تقرر إبطاله (انظر المادة ١٣٨٢ يوناني) ، كما أن الولد الطبيعي ينتسب في علاقته بأمه وأقاربها بنفس الحقوق الشرعية التي لولده الشرعي (م ١٠٣٠ يوناني) . ويترتب على الاعتراف الاختياري أن ينسب الولد باسم الوالد ، وتكون له حقوق الولد الشرعي ، ما لم يقض القانون بغير ذلك (م ٥٢٧ يوناني) . ويكون الولد الذي ثبت نسبه بزواج لاحق في مركز الولد الشرعي من كل الوجوه في علاقته بأمه وأبيه (١٠٥٩ يوناني) . وإذا ما حكم قضائياً بشرعية الولد أصبح من كل الوجوه في مركز الولد الشرعي نحو أبيه . وإذا ثبت النسب الشرعي بعد وفاة الأب تترتب عليه سائر الآثار التي كان ينتجها لو أنه ثبت أثناء حياته (١٠٦٧ يوناني) . وأخيراً فإن المادة ١٠٧٩ تنقضي بأن الولد المتبني يكون في مركز الولد الشرعي للمتبني (انظر المادة ١٠٧٩ والتعليق عليها ، رويوس ، السابق ص ٢٤٥) .

ومن هذا يتبين بصفة عامة أن الحلول الواردة في القانون اليوناني لا تخرج من الحلول التي تكفلتها هنا .

وتتزوج الأنثى «، كما نصت كذلك على أنه «يجب على الأب نفقة ولده الكبير الفقير الذي لا يستطيع الكسب . ونفقة الأنثى الكبيرة الفقيرة ، ما لم تتزوج»^(١) .

ومن هذا تبين أنه يجب على الأب نفقة أبنائه ، متى توافرت شروط معينة ، سواء بالنسبة للإناث أم الذكور . أما بالنسبة للأنثى فإن نفقتها واجبة على الأب سواء كانت صغيرة أم كبيرة ، طالما كانت فقيرة لا مال لها ، إلى أن تتزوج^(٢) . ويضم من هذا أنه إذا كان لها مال ، فلا يجب لها النفقة على الأب وإنما تنفق من مالها . ولهذا إذا كانت الأنثى تتكسب فعلا من عمل تقوم به كخدمة أو طيبة أو تحترف حرفة معينة ، فإنها لا تكون فقيرة ، وبالتالي لا يجب لها النفقة على الأب . هذا ما لم يكن ما تكسبه لا يفي بنفقاتها ، وحينئذ يمكن القول بالتزام الأب بتكلمة نفقتها . ولكن ينبغي أن يراعى في هذا الصدد أن الأنثى إذا كانت تتكسب من عمل فعلا سقط التزام الأب نحوها . لكن إذا كانت لا تتكسب من عمل وكانت فقيرة ، فإنها تستحق النفقة ، حتى ولو كانت قادرة على العمل ، وذلك خلافا للولد كما سنرى . فليس المعيار في قدرتها على التكسب ، وإنما المعيار هو في تكسبها فعلا .

(١) المادتان ١٥٢ و ١٥٣ من مجموعة ١٩٣٨ ويقابلها ١٤٧ و ١٤٨ لسنة ١٩٥٥ والمادة ١٢٠ سريان والمادة ٣٠ ألوهن والمادة ٢٨ أنجيليين وانظر كذلك المادة ١٣٣ و ١٣٧ من القواعد التي جمها فيليب جلال بالنبية لكانتوليك .
(٢) وطالما كان الأب ملزماً بالاتفاق عليها إلى أن تتزوج فإنها إذا ما تزوجت صارت نفقتها أملا على الزوج . فلما طلقت وسقطت نفقتها من الزوج ، عاد التزام الأب بالنفقة عليها إلى أن تتزوج من جديد . وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية كذلك (انظر عمر عبد الله ، السابق ص ٤٤٩) . وتنص المادة ٣١ ألوهن على أن النفقة تجب للبت إلى أن تتزوج وعند انحلال زواجها . انظر المادة ١٣٤ سريان وهي تنص على أن الابنة التي كبرت ولم تتزوج فإن تلت نفقتها يؤدبها الأب والثالث الآخر تؤديه الأم ، وإذا كان أحدهما معسراً فالنفقة على الموسر .

وإذا كان الأب يلتزم بالاتفاق على ابنته الفقيرة على النحو السابق ، فهل يلزم بتجهيزها ؟ جاء في المادة ١٣٣ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد أنه يتعين على الوالدين أن « يقدموا جهازاً كافياً لابنتهما لما تختاره من الزواج أو الترهيب ». هذا بالنسبة لوجوب النفقة على الأب لابنته .

أما بالنسبة للذكر ، فإن النفقة تجب للصغير الذي ليس له مال إلى أن يبلغ حد الكسب ويصبح قادراً عليه . كما تجب للكبير الفقير الذي لا يستطيع الكسب لأى سبب من الأسباب ، ومن باب أولى إذا كان يتكسب ولكن دخله لا يفي بنفقاته ، فإن الأب يلتزم بتكملة نفقة الكفاية . ولا نعتقد أنه يمكن وضع قاعدة عامة لبلوغ سن الكسب والقدرة عليه . لأن ذلك من الأمور النسبية التي تقدر بصدق كل حالة عد حداثتها . ولهذا فإن الشخص قد يبلغ سناً معينة يقدر معها على الكسب ، ولكن تحول دون ذلك ظروف معينة . كما هو الشأن بالنسبة لطالب العلم الذي لا تتاح له فرص التكسب ، أو الذي قد تباح له الفرص ، لكنه لا يستطيع ذلك ، وفي هذه الحالة تجب له النفقة بما في ذلك نفقات التعليم . ويبدو أن أحكام المحاكم التي تعرضت لمرض فقرة لطالب العلم تستلزم بصفة عامة أن يكون طالباً رشيدياً ، مستقيماً في عمله ^(١) .

(١) انظر أمثلة لهذه الأحكام أوردها محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص ١٦٩ . وما بعدها .

هذا وتمس المادة ٣١ لوهين على أن التزام الزوجين بالاتفاق على أولادهما « يظل باقياً إلى أن يستطيع القاصر القيام بأوده ، وتجب النفقة على الوالدين لولدهما البالغ إذا كان عاجزاً عن كسب معيشته لمرض مزمن أو عاهة » أو لسبب انتشاره ببلقي العلم » .
وتراعى أنهم (الأرمن) ينصون كذلك على أنه « ليس قانوناً أن يرفع دعوى على والديه يطلب رأس مال خاص للزواج أو لتعبير ذلك » (م ٣٢) .
وانظر كذلك المادة ١٢٠ سرياني وكذلك المادة ١٣٤ وهي تنفي بأن الولد الإسمعي والمخلع يلزم الأب بثلثي نفقته والامم بالثلث ، وإذا كان أحدهما مسراً فالثلاثة على الموسر .

هذا بالنسبة لوجوب النفقة على الأب . فإذا لم يكن الأب موجوداً ، أو كان موجوداً لكنه فقير معسر ، فإن النفقة تجب على الأم إذا كانت موسرة^(١) و^(٢) .

فإذا لم يكن الأبوان موجودين ، أو كانا موجودين ولكنها معسرين ، تجب النفقة على الجد ثم الجدة لأب . الموسرين ، وإلا تجب على الجد والجدة للأم الموسرين كذلك .

فإذا لم يوجد للشخص أصول ، أو وجدوا ولكنهم كانوا معسرين ، تجب النفقة على الأقارب على نحو ما سيجيء^(٣) .

(١) وعلى هذا يمكن طبناً لما جاءت به قواعد الانقباط أن يكون الأب مدعوماً أو موجوداً لكنه معسر . ومعنى ذلك أنه إذا كان فقيراً لا يلزم بالنفقة ، سواء كان قادراً على العمل أم غيره . أى أنه لا يلزم بالسل لكى يتفق على أولاده المستحقين النفقة على النحو السابق ، وتبناً لذلك تنتقل النفقة إلى الأم الموسرة ، حتى ولو كان قادراً على العمل . وإذا كان هذا هو ما يفهم من النصوص التي أوردها المجموعات الحديثة للانقباط الأرثوذكس ، فإنه يتفق مع ما ذهب إليه البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية حيث يكتفون بإسار الأب حتى يلحق بالميت وينتقل الالتزام بالنفقة إلى من يليه ، ومع ذلك فإن ما جرى عليه أصحاب النون وجبهة الفقهاء الاحناف يقضى بشئ ذلك . إذ يرون أن الالتزام بالنفقة لا ينتقل إلى من يلي الأب إلا إذا كان الأب معسراً وعاجزاً عن العمل . فإذا كان قادراً على العمل وكان العمل ميسراً له ، كان عليه أن يعمل ويتكسب ويتفق على ولده المحتاج للنفقة (انظر في هذا : محمد يوسف موسى ، السابق ص ٤٦٦-٤٦٧) .

(٢) المادة ١٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ والمادة ١٤٩ مجموعة ١٩٥٥ للانقباط الأرثوذكس . وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية (عمر عبد الله ، السابق ص ٤٤٩) .

(٣) المادة ١٥٤ مجموعة ١٩٣٨ والمادة ١٤٩ مجموعة ١٩٥٥ للانقباط الأرثوذكس . وهذا هو ما تقتضيه القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيلب جلاذ في المادتين ١٣٨ و ١٣٧ . وتتمس أولاهما على أنه « يلتزم ذور القرابة من الأصول والفروع بما هو مرتب من الواجبات على الزوالدين لارادها ، وعلى الاولاد لوالديها » لما بينهم من الارتباط بينهم بضعاً بسبب الولادة وبوفائ الحنو الشديد » . وتقتضى المادة ١٣٨ بأنه « عند عدم الاب يتعين على =

(ب) **وجوب النفقة على المروع** : تنص القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس على أنه « يجب على الولد الموسر - كبيرا كان أو صغيراً ، ذكراً كان أو أنثى - نفقة والدته وأجداده وجداته الفقراء ، ولو كانوا قادرين على الكسب »^(١).

فنفقة الأصول الفقراء ، أيا كانوا ذكورا أو إناثا ، تجب على الولد ، ولا يهم ما إذا كان هذا الولد كبيراً أو صغيراً ، ذكراً أو أنثى ، متى توافر شرط يسارة .

ويراعى أن نفقة الأصول الفقراء تجب على هذا النحو إذ توافر شرط الفقر بالنسبة لهم فقط ، وفي هذه الحالة يقضى لهم بالنفقة على الفرع الموسر ، حتى ولو كانوا قادرين على الكسب. فالأصل لا يكلف بالكسب. ولا تسقط

= الإصل القيام بمصلحة الفرع ، أعنى ولد الولد ثم ولد ولد الولد الخ . كما أنه يتعين على ولد الولد أو ولد ولد الولد القيام بمصلحة الجد عند عدم الابن .

وتنص المادة ٢٣ من مجموعة **الأموال** على أن « الالتزام المنصوص عليه ٣٠ (وهو التزام الزوجين بنفقة أولادهما) يقع بصفة أساسية على الاب . فإذا استحال عليه القيام بذلك انتقل الالتزام إلى أصل من أصول الوالد قادر على القيام بهذه النفقات إلى الام والأجداد » أو إلى عدة أصول بنسبة أنصبتهم بالميراث . فإذا لم يوجد أصل قادر على هذه النفقة وقع الالتزام على الاخ والاخت ثم على الاعمام والاخوال والعمات والحالات .

كما تنص المادة ١٢١ **سريان** على أنه « إذا تباخر الاب أذن للام أن تسد حاجة الاولاد من مالها بدون أمره ولكن إن استعرضت فليكن الإبقاء بأمر الاسقف . فإذا كثرت الاولاد فلتسد أولا حاجة الاقرب بينهم ، وإن كان في الميراث مؤخرا » أي أن تسد عازة البنت قبل ابنه ابن الابن (م ١٢٣) . وتنص المادة ٢٨ **انجيليين** بأنه « يجب على الامسول وأزواجه أن يتفقوا على فروصهم وأزواجهم » .

(١) مادة ١٠٦ مجموعة ١٥١ و ١٣٨ مجموعة ١٩٥٥ . وأقباط . وهذا هو ما تقتضى به المادة ٢٤ **أموال** إذ تنص على أنه « تجب على الاولاد نفقة أبيهم وأمههم وغيرهما من الأصول المسرين حتى ولو كانوا قادرين على الكسب » . وتنص المادة ١٢٠ **سريان** على أن أبناء الجنس الذين تحق لهم النفقة هم الاولاد وأولادهم ووالدهم البائسون الذين لا يمكنهم العمل ٤٠٠ . كما =

نفقته لمجرد كونه قادرا على الكسب^(١). وهذا بخلاف الفرع كما بينا من قبل حيث تسقط نفقته متى كان قادرا على الكسب. ذلك أن «حكمة وجوب نفقة الوالد على ابنه - كما جاء في حكم محكمة القاهرة الابتدائية - مردها إلى أن الولد وماله ملك له، ومناطها بثبوت إعساره وقرره. إذ لا ينبغي أن يطالب الولد والده بالعمل^(٢)». وهذا من قبيل البر بالوالدين وبأصول الشخص بصفة عامة، وهو ما تحت عليه الشرائع المساوية عامة.

وإذا ما تعدد الفروع الملتزمون بالنفقة لأصولهم، كانت النفقة عليهم بالتساوي، سواء كان الفرع ذكرا أم أنثى، متى كانوا في درجة واحدة. فان اختلفوا في الدرجات كانت النفقة على الأقرب فالأقرب، بشرط أن تتوفر في الأكثر قرابة شروط الالتزام بها. وإذا ما اجتمع أصول وفروع، ممن يلتزمون بالنفقة، التزم بها الأقرب فالأقرب من حيث الدرجة، فإذا تساوا

= تنس المادة ٢٧ من القواعد الخاصة بالانجلييين على أنه «يجب على الفروع وأزواجهم أن ينفقوا على الأصول وأزواجهم». كما تنس المادة ٢٩ على أن «للاب والأم النفقة على أموال أولادهما، إذا كانا في حوز بحسب ما تقدره السلطة المختصة، مع مراعاة ظروف الأولاد ووالديهم ودرجة المهنة».

وانظر كذلك ما أورده المادة ١٢٧ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لنيلب جلاذ وأشارها إلى ما أورده الكتاب المقدس في هذا الشأن. وكذلك المادتين ١٣٧ و ١٣٨ السابق الإشارة إليها بالنسبة للكاثوليك ص ١١١٧ هامش ٣.

(١) وهذا ما تقتضيه الشريعة الإسلامية (انظر عمر عبد الله، السابق ص ٤٥١ محمد يوسف موسى، السابق فقرة ٦١٤ ص ٤٧٤).

(٢) القاهرة الابتدائية في ١٩٠٨/٣/٣١ رقم ١٠٨٦ ص ١٩٠٨ أورده صالح حنفي المرجع ج ٢ رقم ٧١٠ ص ٥٣٤.

في الدرجات كآب وابن ، تكون النفقة عليهم بنسبة يسار كل منهم ^(١).

٢١١-٢- الالتزام بالنفقة بين الآباء الآخرين : إذا لم يكن لمستحق النفقة أصول ولا فروع قادرون على الاقاق على النحو السابق ، تجب نفقته على الأقارب الآخرين . وتورد القواعد الخاصة بالأقارب الأرثوذكس تعداداً لهؤلاء الأقارب وترتب بينهم ، فتجعل النفقة واجبة على « الأخوة والأخوات لا بوبن ثم الأخوة والأخوة لأب . ثم الأعمام والعلمات ، ثم الأحوال والحالات ، ثم أبناء الأعمام ، ثم أبناء الأحوال والحالات » ^(٢).

ويتبين لنا من هذا أن الأقارب من غير الأصول والقروء ، والذين يلتزمون بالنفقة قد جاءوا على سبيل الحصر . لا أنهم يلتزمون بحسب الترتيب المنصوص عليه . ويرتب على ذلك أنه لا يلتزم غيرهم بالنفقة ، حتى لو كانوا من الأقارب ، طالما لم يرد بشأنهم نص يقضى باستحقاقهم النفقة ^(٣).

(١) هذا وتنس مجموعة السرياق على أن الابن المؤمن يلتزم بالنفقة على أبيه وأمه وأجداده الغير مؤمنين (م ١٣٣) . كما تنس على تفضيل الأب إذ يأخذ قبل الام . كما أنه عند التراحم بين الأب والابن ، أو بين الام والابن أو بين الجد والابن فان الأمر محل خلاف ، فالبعض يقدمون الابن لأنه خادم وله حق الخدمة ، والبعض يساوون بينها (انظر م ١٢٤) . هذا وقد تعرضت مجموعة السريان كذلك لحالة ما إذا غاب الابن واحتاج والده وأجداده ، إذ في هذه الحالة يكون لهم أن يسعوا من ماله (ما هذا الأموال غير المنقولة) ويسدوا رمقهم ، وليس عليهم في ذلك غرامة ، ولهم أيضاً أن يستدينوا باذن (المحكمة الكنسية) متى جاء الابن غي . أما القريب الذي عنده ودية للابن فأمر المحكمة بيطيها لوالديه (م ١٣٥) .

(٢) المادة ١٥٧ مجموعة ٣٨ و ١٥٢ مجموعة ١٩٥٥ . وانظر كذلك المادة ٣٣ اوهن وهي تنس على أنه إذا لم يوجد أصل قادر على هذه النفقة (النفقة على الأولاد) وقع الالتزام على الأخ والأخت ثم على الأعمام والأخوات والعلمات والحالات .

(٣) ولهذا رفضت المحاكم إزام شقيق الزوج بالنفقة لزوجته أخيه ، حتى ولو كان هذا الأخ مسراً لم ينس لزوجته الحصول على نفقتها منه (نفقتها الزوجية) . ولم تأخذ المحكمة بما صد

فاذا وجد أحد من الأقارب السالف ذكرهم، وكان غير قادر على الإيلاء بالنفقة بتمامها يلزم من يليه في الترتيب بالنفقة أو بتكلفتها، حسب الأحوال .
فاذا وجد من الأقارب السابقين أكثر من واحد واتحدوا في الدرجة - كأخوين شقيقين أو أخوين لأب مثلاً - تكون النفقة عليهم بنسبة يسار كل منهم ^(١).

هذا هو الحكم بالنسبة للأقارب الأرثوذكس. أما بالنسبة للطوائف الأخرى التي تعرضت لنفقة الأقارب بصفة عامة، فإن الحكم يختلف : وتكتفي القواعد التي وردت بشأن الكاثوليك بالنص على أن « الأخوة والأخوات ملزمون بمساعدة بعضهم بعضاً بما هو ضروري لقيام حياتهم، ليس في حال الضرورة القصوى فقط . بل وفي حال الضرورة القوية أيضاً » ^(٢).

= آثاره الزوجية من أن القانون المدني يقتضي بأن أقارب الزوج أقارب زوجته في نفس الدرجة، لأن هذه المسألة مسألة اعتبارية فقط، ولم يشر المشرع إلى ذلك في أحكام النفقات التي فصلت طوائف من يلتزمون بالنفقة (جزئي الاسكندرية في ٢٨/٤/١٩٥٧ رقم ١٧ سنة ١٩٥٧ وانظر أيضاً المحكمة نفسها في ١٦/٦/١٩٥٨ رقم ٥٦ س ١٩٥٨ - والمحكمة بين أقباط أرثوذكس وغير منشورين) والواقع أن عدم إلزام شقيق الزوج في هذه الحالة بالنفقة يرجع إلى أنه لم يرد بين من يلتزمون بنفقة الأقارب، اللهم إلا إذا قضى بالنفقة لشقيقه (الزوج) مباشرة متى توافرت شروطها وكان شقيقه (الزوج) غير قادر على السكب وقتها . وفي هذه الحالة قد تستبد زوجته من ذلك . وانظر كذلك حكماً من المحكمة نفسها (في ٢٣/٤/١٩٥٦ رقم ٤٩ س ٥٦ - غير منشور) حيث رفضت المحكمة دعوى زوجة الأخ بالنسبة لنفقاتها نظراً لتعديدهم الأقارب الذين يلتزمون بالنفقة . في الوقت الذي قضت لأولادها بالنفقة على شقيق زوجها لأنه هم أولادها ، وقد تولى والدهم .

(١) انظر المادة ١٥٨ مجموعة ٣٨ والمادة ١٥٣ مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس .

(٢) المادة ١٣٩ من القواعد التي جمعها فيليب جلال للكاثوليك .

٢١٢ : ثالثاً - الأحكام المتعلقة بنفقة الألاب من حيث أدائها وتقديرها ،
وانقضائها وسقوطها - كيف تؤدي النفقة : الأصل أن تؤدي النفقة قدماً ، فيقوم
الملتزم بدفعها على فترات دورية حيث يقضى عادة بأدائها كل شهر ؛ ويدخل
في التقدير النفقة بأنواعها . وتنص المادة ٣٠ من القواعد الخاصة بالانجيليين على
« دفعها شهراً فشهراً على الأقل ، وثلاثة أشهر على الأكثر حسب ميسرة
المقروض عليه ودواعي المقروض له » .

وإذا كان الأصل هو دفعها قدماً ، فإن هذا يقتضى مقدرة الملتزم بما
على أدائها قدماً . لكن إذا أثبت الملتزم أنه لا يستطيع دفعها قدماً ، فإن المحكمة
أن تأمره بأن يسكن في منزله من تجب نفقته عليه ، وأن يقدم له ما يحتاجه
من طعام وكسوة ^(١) ، على نحو ما بينا عند كلامنا على النفقة الزوجية .

اساس تقدير النفقة : تقدر النفقة بصفة عامة بقدر حاجة من يطلبها ويسار
من يجب عليه أداؤها . وهذا لاس هو الواجب الاتباع بالنسبة لتقدير نفقة
الأقارب لدى جميع الطوائف ^(٢) .

وإذا كانت النفقة تقرر على أساس الحاجة إليها ويسار من تقرر عليه ،

(١) المادة ١٤٤ مجموعة ٣٨ والمادة ١٣٩ مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس .
هذا وتقضى المادة ١٤٨٧ من القانون المدني اليوناني بأنه يجب الوفاء بالنفقة نقداً ،
وعلى دفعات شهرية تدفع مقدماً . ويجوز الاذن للملتزم بأن يدفع النفقة بطريقة أخرى ،
إذا وجدت أسباب خاصة . (انظر التعليق على القانون اليوناني رويلوس ، السابق ص ١٩٧ .
وانظر كذلك المادة ١٤٨٨ من القانون نفسه) .

(٢) انظر المادة ١٤٢ مجموعة ٣٨ و ١٢٧ مجموعة ١٩٥٥ اقباط ارثوذكس ،
والمادة ١٠٠ لومن أرثوذكس ، والمادة ٣٠ انجيليين .

فانه ينبغي أن يدخل في الاعتبار ، إلى جانب تقديرها للطعام والكسوة والسكنى ما قد يحتاجه من قرض له من وسائل العلاج العادية . بل إنه يمكن أن يقضى بنفقة العلاج في الظروف غير العادية كالمعاملات الجراحية مثلاً والتي تستلزم نفقات غير عادية ، وفي هذه الحالة تجوز المطالبة بمبلغ إضافي لمواجهة مثل هذه الظروف ^(١).

وتقضى القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس بأن النفقة تقرر بما يتفق والمركز المالى والحالة الاجتماعية للأشخاص ، لكي تنفق في السكنى والكسوة والغذاء والتعليق والتربية ^(٢).

والمهم في كل هذا هو أن تقرير النفقة يجب أن يكون بحيث يواجه نفقات الشخص فقط ، وفي هذه الحدود . إذ ليس الترض منها جعل من قرض له موسراً . فهي قرض بقدر الكفاية ، وذلك لأنها لا يجب إلا للحاجة ، ولذلك تكون بقدرها ، لا أكثر منها . وهذا هو الشأن بالنسبة لنفقة الأقارب عامة ، بما فيهم الأصول والفروع . « ولما كان المناط في نفقة الأقارب هو قدر الكفاية — كما جاء في حكم لمحكمة الجيزة الابتدائية ^(٣) . — بحسب حاجة

(١) انظر قرض فرنسي في ٢٨-٦-١٩٢٨ (D.H. 1938-241)

(٢) المادة ٤١٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسي البطريركي بالاسكندرية . وانظر في هذا أيضاً المادة ١٤٨٤ القانون المدني اليوناني والتعليق عليها (دولوس ، السابق ص ١٩٥) وانظر أيضاً المادة ١٠٠ أومن أرثوذكس .

(٣) في ١٠-١٧-١٩٥٧ رقيب ١٦٤ لسنة ١٩٥٧ ، استئناف ، نسيم المطين

المطلوب له النفقة مع يسر المفروض عليه، وذلك بقدر ما تدفع به الحاجة، فإن كان المطلوب له النفقة مريضاً، فعلى المفروض عليه علاجه. وإن كان طالب علم رشيد فعليه إتمام تعليمه، لأن ذلك من تمام الكفاية . . . »

والحكم بالنفقة، كما قدمنا عند كلامنا عن النفقة الزوجية - مؤقت، لا يحوز الحجية إلا إذا ظلت الظروف التي صدر فيها ثابتة لا تتغير. فإذا تغيرت بأن زاد يسار الملتزم بالنفقة أو زادت حاجة من فرضت له، أو العكس. أمكن النظر في تعديله بما يتلاءم مع الظروف الجديدة. بل إن للمحكمة هنا أن تعيد النظر في الحكم الصادر بالنفقة من أساسه، فتوقف الالتزام بها إذا لزم ذلك، كما إذا أيسر من فرضت له، ولم يعد في حاجة إليها، أو أصبح قادراً على العمل بعد أن كان عاجزاً عنه ^(١).

انقضاء الالتزام بالنفقة وسقوطها: إذا ما صدر حكم النفقة فإنه لا يقضى بها إلا من تاريخ الحكم، باعتبار أن الحكم في هذه الحالة منشئ للنفقة وليس مقررراً. وعدم القضاء بها من وقت سابق على الحكم بها يقوم على اعتبار أنها إنما تفرض لحاجة طالها، وقد اندفعت الحاجة بالفعل في المدقة السابقة بمضيها - كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية.

(١) انظر المادة ١٤٣ بمجموعة ١٩٣٨ و ١٣٨ لسنة ١٩٥٥ المبادئ أرتودوكسس. والمادة ١٠١ كومن. وانظر المادة ١٤٨٥ من القانون المدني اليوناني. ويتبرهن هذا القانون لحالة النفقة المنخفضة aliments reduits فيقتضى بأن « يقتصر حق الفروع والأصول والزوج، على النفقة الأساسية » (Alimentaires) التي لا تشمل إلا المصاريف اللازمة لضرورات الحياة، إذا ارتكوا ضد الملتزم بالنفقة جسوداً يبرح حرمانهم من الميراث. انظر تعليق دويلوس، السابق ص ١٩٧.

ولا شك في أن الالتزام بالنفقة بين الأقارب بصفة عامة ينتهى بموت من قررت لصالحه ، كما ينقض كذلك بموت من فرضت عليه ، فهو لا ينتقل إلى ورثة هذا الأخير ، ما لم يكونوا ملازمين هم أنفسهم ويقضى بالزامهم بها . وينتهى هذا الالتزام أيضا إذا تضررت الظروف . كما إذا أصبح المستحق للنفقة موسراً أو أصبح قادراً على الكسب بعد أن كان عاجزاً ، كما قدمنا . وهذا خلافاً لنفقة الزوجية ، إذ يظل الالتزام بها ما بقيت الزوجية ، وذلك لاختلاف الأساس في كل من نفقة الزوجة ونفقة الأقارب .

ولما كان الالتزام بالنفقة بين الأقارب يقوم على أساس الحاجة إليها ، فإنه يسقط بمضي المدّة التي تستحق فيها النفقة ولم تقبض . فإذا كانت تستحق مشاهرة ومضى شهر دون أن تقبض ، فإنه لا يجوز المطالبة بها بعد ذلك على أساس أنها تتردد لدفع الحاجة ، ومضى مدة استحقاقها دون المطالبة بها ، بمعنى عدم الحاجة إليها ، ولا يكون لمستحقها إلا المطالبة بالشهر الحاضر فقط ^(١) . وفي هذا تختلف نفقة الأقارب عن النفقة الزوجية ، وإذا كان من الممكن المطالبة بمبلغ متجمد عن مدة سابقة بالنسبة للنفقة الزوجية ، لأن دين هذه النفقة قوى لا يسقط إلا

(١) وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية . إلا أنهم يفرقون في هذا الصدد بين نفقة الصغير ونفقة غيره من الأقارب . فبالنسبة لنفقة الصغير تكون ديناً صحيحاً من تاريخ الحكم ، وإن كان المتجدد منها يسقط بموت الصغير لأن النفقة بر وصلة ، والصلة تسقط بالموت . أما بالنسبة لنفقة الأقارب الآخرين فلا تكون ديناً على المحكوم عليه بها إلا إذا أذن بالاستدانة وحصلت الاستدانة بالفعل .^١ والأذنت بالاستدانة يكون من القاضي أو من وجبت عليه النفقة . فإذا حصل هذا كانت النفقة المأذون باستدانتها ديناً على الملتزم بها لا يسقط إلا بالاداء أو الإبراء . أما إذا مضت مدة لم تقبض فيها ولم تحصل استدانة فضلاً ، فلا تصح المطالبة بنفقة تلك المدة ، لأن مضي المدة دون قبضها دليل عدم الحاجة إليها (انظر في هذا : عمر عبد الله السابق ص ٤٥٥-٤٥٦ . محمد يوسف موسى ، السابق ص ٤٦٣) .

بالاداء أو الابرء ، فان هذا غير جائز بالنسبة لنفقة الأقارب ^(١) .

البحث الثاني

في الشريعة اليهودية

٢١٣ - الاحالة الى القواعد العامة فيما سبق وفي احكام الشريعة الاسلامية مع مراعاة ما نص عليه من صور خاصة : لم تنظم الشريعة اليهودية أحكام النفقة تفصيلا كما فعلت بعض الطوائف المسيحية على ما ينال . ولكن القواعد الخاصة بهم قد عرضت لبعض فروض هي في الواقع متعلقة بنفقة الأقارب ، كما عرضت لصور خاصة للنفقة غير النفقة الزوجية مثل نفقة الأرملة . ولهذا نعرض فيما يلي لهذه الفروض والصور الخاصة التي عرضت لها القواعد الخاصة بهم . أما فيما عدا ذلك من أحكام تتعلق بنفقة الأقارب فيمكن كما بينا من قبل أن نطبق بشأنها القواعد العامة التي تستخلص من دراستنا السابقة لدى المسيحيين ، والتي تقضى بها أحكام الشريعة الإسلامية . ذلك أن أصل وجوب هذه النفقة قد ورد في التوراة ، ولهذا يمكن إعمال أحكامها لدى القرائين والربانيين ، على الأقل في الحالات التي ورد بشأنها نص التوراة من حيث وجوبها بين الأصـول

(١) ولهذا لا نقر ما اتجهت إليه بعض الاحكام التي قضت بأن نفقة الاقارب لا تسقط شهراً بشهر واستبعاد فكرة الشريعة الاسلامية في هذا الصدد (أنظر الاسكندرية في ١٩ مايو ١٩٥٨ رقم ٦ س ١٩٥٨ غير منشور) والواقع أن قواعد الطوائف المسيحية جاءت خلافاً من الكلام عن سقوط النفقة ، كما بين الحكم السابق . ولهذا فلا مانع من الاستئثار بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ، لأن الأمر لا يتصل بمسائل متعلقة بالمقيدة الدينية للمسيحيين . فضلاً عن ذلك فإن القول بسقوط النفقة ، إذا لم تقضى في المدة المقررة فيها ، يتفق مع الأساس الذي تقوم عليه نفقة القرابة وهو دفع الحاجة ، إذ أن معنى المدة دون قبضها دليل على أن الحاجة قد اندثرت ، والحاجة تقدر بقدرها .

والفروع^(١). مع مراعاة شروط وجوبها التي بينها من قبل ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بكيفية أدائها وتقديرها ، واقضائها وسقوطها . إذ أنها أحكام عامة يمكن إعمالها لدى اليهود كذلك .

٢١٤ : صور خاصة بالنفقة : أوردت الشريعة اليهودية صوراً خاصة بالنفقة في نصوص متفرقة ، وهي تتعلق بالنفقة بين الأصول والفروع ، ونفقة الأولاد بصفة عامة ، كما تتعلق بنفقة الأرملة .

نفقة الأولاد بصفة عامة : إذا ثبت نسب الأولاد شرعاً كانت لهم النفقة^(٢). ويضم هذا الحكم مما نصت عليه المادة ٣٩٨ من ابن شمعون من أنه لا نفقة لمن اتقى نسبه . كما يضم هذا الحكم كذلك مما نص عليه عند الكلام عن الولاية إذ نصت المادة ٦٣٦ على أن « ولاية الأب على النفس والمال ، وله تربية ابنه وتعليمه ثم قبض أجره عمله وما قد يعثر عليه في الطريق ما دام على نفقته ولوبلغ » ، إذ يضم من هذا أن للأب حقوقاً على ولده مادام قائماً بالاتفاق عليه . كما يتضح من هذا النص كذلك أن الأب يلزم بتربية ابنه وتعليمه ..

(١) فقد ورد في التوراة « أكرم أباك وأمك .. » كما بينا من قبل ، مما يعني أن للاب والأُم حقوقاً على الأولاد من بينها النفقة عند الحاجة إليها .

(٢) وسواء كان الأولاد قد ولدوا من زواج صحيح تم بقصد شرعي أم ولدوا من غير عقد شرعي ولم ينتف نسبهم . بل إن النفقة تثبت للولد حتى ولو ولد من محرمة شرعاً أو ولد من الزنا . فقد نصت المادة ٣٠٤ من ابن شمعون على أن « لا فرق في الحقوق والواجبات بين المولود من غير عقد شرعي لا يبين من الملة والمولود من عقد شرعي » . كما نصت المادة ٣٠٥ على أن « مولود المحرمة شرعاً أو مولود الزنا هو كثيره في الحقوق والواجبات » .

وواضح من هذا أن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء الشرعيين تثبت في هذه الحالة ، ومن بين هذه الحقوق والواجبات الحق في النفقة والالتزام بها .

بل إنه يلزم الإنفاق على القصر في تعليمهم الدين ، ولو كانوا غير مكلفين
شرعاً بفروضة لصغر سنهم (م ٦٦١ من ابن شمعون) .

كما نص الرابانيون كذلك على نفقة الرضيع والمحضون ، وقرروا أن لهما
النفقة شرعاً (م ٤٠٩) . فإذا كان للمطلقة أن تطلب أجراً على الرضاة ، فإن
هذا الأجر « لا يفتى عن نفقة الرضيع » (م ٣٩٠) . هذه النفقة تجب على الأب
وكذلك الشأن بالنسبة لنفقة الحضنة ؛ فنفقة الحضانة واجبة على الأب بقدر
ميسرته ومنزله بين الناس (م ٤٠١) . فإذا اعتضت حضانة الولد يبلوغه الست
سنين حق لأبيه أخذه . فإذا أبى الولد مفارقة أمه ، فلا يلزم أبوه بنفقته ^(١) .

وهناك حالة تتعلق بالمرأة إذا تزلت أو طلقت ولا ذرية لها ، فقد نصوا
على أنها ترجع إلى بيت أبيها « فكما كانت أيام صباها تأكل من خبزها » ^(٢) .
وهذا يعني أنها تعيش في كنف أبيها في هذه الصورة ويلزم بالإففاق عليها
وإعالتها ، كما كان ملزماً بذلك قبل زواجها .

هذا وقد نص الرابانيون على حالة خاصة بالبنات إذا مات أبوهن ،
فأوجب لهن النفقة ، قبل الزواج أو البلوغ ، في تركه الأب ^(٣) .

(١) م ٤٠٥ من ابن شمعون . ولا يمنع هذا من أن يقوم الأب بشئون الولد (انظر
٣٩٧) .

(٢) شمار المحضر ص ١١٢ .

(٣) فقد نصت المادة ٢٨٧ على أن « لبنات شرعاً إذا مات أبوهن أن يعيثن من
تركهن إلى أن يتأملن أو يرشدن » . ومن الواضح أنه إذا كانت النفقة تلزم تركه الأب في هذه
الحالة فإن مفهوم ذلك أن النفقة تجب على الأب حال حياته . ومع ذلك فإنه ينبغي أن يراعى
أن حكم النس لا يتصور تطبيقه متى قسمت التركة على الورثة بعد موت الأب طبقاً لاحكام
الميراث في الشريعة الإسلامية .

نفقة الأرملة : عرض الربانيون والقراون تفصيلا للأحكام المتعلقة بنفقة الأرملة . فقد جاء في شمار الحضر أن المرأة « إذا تزلت ولها ولدعاشت من ماله ، (أى من مال الزوج) ، ما دامت أرملة »^(١) . ومع ذلك إذا لم يكن للأرملة ذرية ، فانها تبقى فى معيشة رجلها مدة المدة - وهى الثلاثة أشهر - لجواز أن تكون حاملا . كما أن لها أن لا ترجع طالما بقى لها مؤجل الصداق وغيره من الحقوق^(٢) .

كما تكلم القراون كذلك عن النفقة فى حالة **الأرصاد الشرعى** : ذلك أن النفقة تجب على المرصد الشرعى للزوجة وهو أنخ الزوج ، من يوم طلبها له ، ما لم يتصل شرعا^(٣) .

وقد نص القراون كذلك على أن الأرملة إذا سكنت عن طلب الوارث بالنفقة ، فلا تلزمه إلا من وقت الطلب . وإذا كانت فى غير بيت رجلها ، فلا

(١) وقد استند هذا إلى ما نص عليه بشأن بنت الكاهن من أنها « إذا تزلت أو طلقت ولا ذرية لها ، رجعت إلى بيت أبيها ، فكما كانت أيام صباها تأكل من خبزها » . وقد أورد شمار الحضر : يفهم من منطق هذا النص أنه إذا كان لها ذرية بقيت فى معيشة رجلها لا أنها تعيش عند أبيها (ص ١١١-١١٢ شمار الحضر) . وقد ورد فى ص ١١٢ أن وجوب نفقتها من وقت تزلها فى حال السبل وجوب من الكتاب ، ومن اللساء ، مما بالنسبة ولو كانت لا نسل لها إذا لم تطلب حقوقها ، كذلك مدة المدة .

(٢) المرجع السابق ص ١١٢ .

(٣) وهذا ما قرره علماء القرائين (ص ١١٢ شمار) . وقد ورد فى هذا المرجع (ص ١١٢) أنه : « إذا كان لها مرصد شرعى ، فما دامت غير طالبة له فلا تلزمه نفقتها . وإذا طلبته لزمته من وقت الطلب ، ولو هاجر أو مرض ، ما لم يتصل شرعا . وإذا كان قاصرا فلا تلزمه ما لم يكبر » . كما نصوا على أن الأرملة « لا تكون معيشتها على أبيها إلى على مرصدها ما بقيت مرتبطة شرعا به » (انظر ص ١١٢ من المرجع السابق . وانظر مع ذلك ما سبق كلامه عن مسألة الارصاد الشرعى عند كلامنا عن شرط النظام العام « فقرة رقم ٦٩ مكرر ص ٢٦٧-٢٦٨) .

يلتزم الوارث بالنفقة « ما لم يكن ابنها فانها حينئذ تلزمه أينما كانت »^(١) وتشمل النفقة الكسوة والسكن وما ينبغى له ، كما كانت في حياة زوجها .

ونفقة الأرملة تمتع عنها إذا طلبت حقوقها ، حتى ولو لم تستول عليها ، ولهذا فانها إذا لم تقدم سند حقوقها ، فلا نفقة لها على الورثة لجواز كونها أبرأت منها زوجها أو تصرفت فيها^(٢) . وتسقط نفقة الأرملة من وقت أن تخطب ، ولو لم تطلب حقوقها^(٣) .

أما الربايون : فقد تكلموا تفصيلا عن نفقة الأرملة ، بل وعن حقوقها بصفة عامة^(٤) . ولا تخرج الأحكام التي أوردتها ابن شمعون في هذا الصدد عما أوردته القراءون . فهم يحملون لها أن تعيش من مال الرجل ولو أوصى بغير ذلك وليس للورثة منها باعطائها ما لها من الحقوق في العقد إلا إذا كان العقد أو العرف يخالف ذلك^(٥) .

وقد نص الربايون على أن النفقة تدفع معجلا وشهرا فشها لا أقل

(١) وهذه صورة تجب فيها النفقة على الفروع للأصول .

(٢) ص ١١٤ شمار الحضر . فإذا قدمت سند حقوقها وطلبت النفقة فليها البين أن لا أبرأه ، وإذا ذاك تقرر لها . وإذا كان من العرف أن لا يعطى لها سند ، فلا تمتع عنها النفقة من وقت الطلب ، كذلك إذا فقد السند وأثبتته البيئة .

ويرامى أن تصرف المرأة في بعض حقوقها من بيع أو رهن لا يمنع نفقة الأرملة عند الربايين بخلاف القرائين (انظر شمار الحضر ص ١١٤ وهامش ١) .

(٣) المرجع المشار إليه بالهامش السابق .

(٤) انظر الباب السابع ، المادة ٢٢٧ وما بعدها من ابن شمعون .

(٥) انظر ٢٢٨م . فإذا كان من عرف البلد أو من مقتضى العقد أن لا نفقة للأرملة يشير رضى الورثة عليها شرعا نفقة ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة (م ٢٢٩) .

(٢٥٩م) . كما نصوا كذلك على أن النفقة تستحق للكسوة والسكن الشرعى إذا لم يرق لما أن تقيم في منزل الورثة ، وبصفة عامة تكون النفقة بحيث تعيش كما كانت تعيش مع زوجها^(١) . ولا يدخل في النفقة التي يلتزم بها الورثة نفقة فك أسر الأرملة إذا أسرت ولا نفقة دفنها ومأمها ، كما لا يلتزمون بمعالجتها إذا مرضت مرضا غير عادي ، إذ في هذه الحالة ينفق عليها مما لها من حقوق بمقتضى العقد^(٢) .

وتأخذ الأرملة نفقتها مما قد يكون في حوزتها من مال للرجل ، وقد يقوم الرجل بتخصيص عقار تنفق من ربه بعد وفاته ، وفي هذه الحالة إذا أقتص الريع كملت لنفسها من مال التركة^(٣) . كما أنه يكون للسلطة الشرعية أن تبيع من

(١) انظر المادة ٢٦٠ وانظر كذلك المادة ٢٦١ وهي تجبل للورثة حق موارثتها إذا أريدت أن تقيم « لا في مسكن شرعى بل عند أبويها أو أقربائها ومطلبت نفقة » .

(٢) انظر ٢٦٢م

(٣) هذا ما لم يكن الفرض من تخصيص العقار أن يكون ربه في مقابل النفقة وقبلت المرأة ذلك (انظر ٢٤٧م) .

ويلزم ألا يتلقى بهذا المقار حق لغير يمنع من استئثار النفقة منه (انظر ٢٤٨م) .
 فإذا تصرف الرجل أو الورثة في المقار ، نفذ التصرف ويكون للمرأة حقها الشرعى في النفقة (انظر ٢٤٩م وانظر كذلك ٢٥٠م و ٢٥١م) . وإذا ترك الرجل مالا منقولا وكان في حوزة المرأة فليس لها منه من الورثة بحجة أن لها نفقة تحتض عليها ، ولو كان الرجل موصيا لها بالمال لنفقتها . وإذا حازت المرأة المال ، وكان غير زائد عن الحد المقول للنفقة فليس لها أن تسلم بقدر الزيادة ، ولا تد المرأة حائزة إذا لم تكن حازت ذات الشيء وبشخصها (٢٥٣م)
 وإذا طلبت الأرملة نفقة بعد ما استعوزت عليه من مال بحجة أنه لم يكتبها فليس لها البين (انظر ٢٥٥م) .

مال التركة لأجل النفقة^(١).

هذا وتسقط نفقة الأرملة إذا سكنت عن المطالبة بها سنتين أو ثلاث سنين إذا كانت موسرة . إذ يعد هذا تنازلاً عنها المدة الماضية ، ما لم يكن في حوزتها مال الرجل تنفق منه أو استدانته لتنفق (م ٢٤٥) .

كما تسقط نفقة الأرملة إذا طالبت شرعاً بما لها من الحقوق بمقتضى المقد ولو لم يادر الورثة إلى الوفاء^(٢) ، إلا إذا كانت المطالبة ناشئة عن مضايقتهم إياها أو عن غشهم لها . كذلك تسقط نفقتها إذا هي خطبت أو قدست (م ٢٤٠) وإذا تصرفت الزوجة في حقوقها في حال حياة زوجها أو بعد وفاته سقطت نفقتها قبل الورثة^(٣) . كما يراعى أنه لا يكون للأرملة نفقة إذا كانت قد تنازلت عما لها من الحقوق في عقد زواجها إلى الرجل^(٤) .

(١) انظر ٢٥٦م ولا يجوز للأرملة أن تبيع بنفسها إلا بحضرة ثلاثة شهود عدول ، كان لها أن ترهن مباشرة ويكون البيع بقدر ما يكفي نفقة ستة شهور (انظر م ٢٥٧ ، وانظر كذلك م ٢٥٨) .

(٢) ومع ذلك إذا كانت المطالبة قاصرة على مجرد ما دفعت له من الرجل ، فلا تسقط نفقتها ، ولو حصلت على مطالبها (م ٢٤١) كما لا تسقط نفقتها إذا هي طلبت من الورثة مباشرة ما لها من الحقوق في العقد وأبوا أن يدفعوا إليها أو زعموا أن ليس عندهم ما يكفي (م ٢٤٢) .

(٣) م ٢٤٣ . وتسقط حقوقها في هذه الحالة إذا تصرفت في حقوقها . لكن إذا كان تصرفها في بعض حقوقها دون الكل ، فلا تسقط نفقتها ، وإنما يحق للورثة في هذه الحالة أن يردوا إليها باقي ما لها من حقوق ليستقوا نفقتها (انظر م ٢٤٤) .

(٤) م ٢٤٤ .

تم الكتاب بحمد الله وتوفيقه

فهرس

صفحة	مقدمة
٩	١ - توحيد جهات القضاء في مصر وأهميته
٩	٢ - بقاء القواعد الموضوعية كما كانت رغم ضرورة توحيدها وتنظيمها
١٧	٣ - خطة الدراسة
٢٥	

الكتاب الأول

القواعد العامة في دراسة الأحوال الشخصية

(تحديد المقصود بالأحوال الشخصية لنير الملين من المصريين ،
وشروط تطبيق هذه الدراسة)

٢٩	تمهيد
٢٩	٤ - خطة الدراسة وتقسيم البحث

الفصل الأول

تحديد المقصود بالأحوال الشخصية

٣٠	٥ - أهمية هذا التعديد
٣٣	٦ - صعوبة تحديد المقصود بالأحوال الشخصية
٣٣	٧ - في الشريعة الإسلامية
٣٥	٨ - في الدول الأخرى
٣٦	٩ - في مصر
٣٧	١٠ - تحديد محكمة التقض للمقصود بالأحوال الشخصية
	١١ - بيان الأحوال الشخصية في المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي
٤٠	للمحاكم المختلطة

- ١٢ - المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ومهميتها بالنسبة للمصريين والأجانب ٤٢
- ١٣ - مقارنة بين نص المادة ١٣ والمادة ٢٨ (المهر والدوطة والولاية والهبة) ٤٤
- ١٤ - اختلاف نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين والأجانب ٤٧
- ١٥ - المسائل التي تخضع لقواعد موحدة لجميع المصريين ٥٠

أولاً : الموارث

- ١٦ - الاختصاص التعكبي للفرائع المالية وصدر قانون الموارث ٥١
- ١٧ - شروط الاحتكام إلى شريعة غير المسلمين فيما يتعلق بالموارث ٥٤
- ١٨ - بقاء فكرة الاحتكام إلى الفرائع الدينية إلى جانب الأحكام العامة في الموارث ٦٤
- ١٩ - بقاء فكرة الاحتكام إلى الفرائع الدينية حتى بعد صدور القانون المدني ٦٨
- ٢٠ - إلحاق دعوى النسب بالميراث ٧٠

ثانياً : الوصايا

- ٢٠ - الوضع السابق على توحيد الحكم بالنسبة للميراث والوصية فيما يتعلق بمدى اختصاص القضاء الطائفي بالوصية ٧٣
- ٢١ - حكم النقض وقطعه في تسوية الوصية بالميراث من حيث ولاية الشريعة الإسلامية ٨٢
- ٢٢ - توحيد الحكم بالنسبة للميراث والوصية — بقاء فكرة الاحتكام إلى الفرائع الدينية ٨٤

ثالثاً : الأهلية وما يتصل بها من أنظمة خاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها (الولاية ، والوصاية ، والقيامة ، والحجر ، والاذن بالإدارة والفيضة ، واعتبار المفقود ميتاً) :

صفحة

٨٥

٢٣ - الوضع السابق على سنة ١٩٢٥

٩٠

٢٤ - توجد قواعد الأهلية وما يتصل بها من طريق التشريع

٩٢

٢٥ - أهلية الزيجات

رابعا : الهبة

٩٦

٢٦ - حكم الهبة بالنسبة للمصريين وبالنسبة للأجانب

٢٧ - خاتمة الفصل الاول - حصر المسائل التي تتبر من الاحوال الشخصية

٩٩

وأساس اختلاف نطاقها بالنسبة للتنازع الداخلى والتنازع الدولى

الفصل الثانى

تحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين

٢٨ - أهمية تحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين - الطوائف الدينية

١٠٣

التي يعترف بها القانون

أولا : الطوائف المسيحية

١٠٥

٢٩ - انفصال الكنيسة المصرية

٣٠ - الاتصال بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية - الارثوذكسية

١٠٧

والكاثوليكية

١٠٩

٣٩ - ظهور المذهب البروتستانتي

١١٠

٣٢ - اتباع المذاهب المسيحية الثلاثة في مصر

ثانيا : الطوائف اليهودية

١١٢

٣٣ - انقسام اليهود - الفرامون والربانيون

٣٤ - خاتمة الفصل الثانى - حصر الطوائف التي كانت قائمة عند صدور

٩١٥

القانون ٤٦٢

منحة

الفصل الثالث

ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين من المصريين

(مصادر الشريعة المسيحية واليهودية)

- ٣٥ - الخلاف حول ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين
٣٦ - الاتجاه الأول - قصر ما يعتبر « شريعة » عند غير المسلمين على ما جاء في الكتاب المقدس
٣٧ - الاتجاه الثاني - التوسع في النظر إلى ما يعتبر « شريعة » عند غير المسلمين
٣٨ - تأييد الاتجاه الثاني - التوسع في النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين
٣٨ مكرر - تمييز مصادر الأحوال الشخصية عن الأحوال المدنية
١١٩
١٢٠
١٢٤
١٢٧
١٣٤

أولاً : ما يعتبر شريعة عند المسيحيين (مصادر

الشريعة المسيحية)

- ٣٩ - تميد
٤٠ (١) الناصر التي يشكون منها القانون الكنسي - مصادر القانون الكنسي - المصادر العامة (١) الكتاب المقدس . (٢) الكتابات المنسوبة إلى الرسل . (٣) قراءات الجامع . (٤) المراسيم والمصادر الأخرى
٤١ - التأثير بالقانون الروماني والعريضة الإسلامية
٤٢ (ب) - القواعد التي كان معمولاً بها لدى الطوائف المختلفة حتى إلغاء المجالس الملبة
٤٣ (١) المذهب الأرثوذكسي (الأقباط - السريان - الأرمن - الروم)
٤٤ (٢) المذهب الكاثوليكي
٤٥ (٣) المذهب البروتستانتي
١٣٥
١٣٧
١٤٤
١٤٦
١٥٦
١٥٦

صفحة

ثانيا : ما يعتبر شريعة عند اليهود

- ٤٥ - (ا) - مصادر الشريعة اليهودية بصفة عامة
٤٦ - (ب) - القواعد التي كانت مطبقة قبل إلغاء جهات القضاء الملى بالنسبة
١٦٠ للربانيين والقرائين

الفصل الرابع

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين

- ٤٧ - تمديد - خطة البحث ١٦٤

البحث الأول - اتحاد الطائفة والملة

- ٤٨ - تفرقة اصطلاحية - الديانة والمذهب والطائفة. ١٦٥
٤٩ - هل يمكن الاتحاد في الله « المذهب » فقط ؟ ١٦٨
٥٠ - الوقت الذي يمتد فيه باتحاد الديانة والمذهب والطائفة ١٧٩
٥١ - تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ١٨٥
٥٢ - أولا : الحلول التي قيل بها قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ١٨٧
٥٣ - (ا) اعتبار الحقوق المكتسبة ١٨٨
٥٤ - (ب) اعتبار النظام العام ١٩٣
٥٥ - (ج) اعتبار الفش نحو القانون ١٩٩
٥٦ - ثانيا : الوضع في ظل القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - المادة السابعة ٢٠٥
من القانون وتفرقتها بين حالتين
٥٧ - الحالة الأولى : حالة التغير إلى ديانة أخرى غير الإسلام أو إلى مذهب آخر أو طائفة أخرى ٢٠٧
٥٨ - الحالة الثانية - حالة التغير إلى الاسلام ٢١٠
٥٩ - محاولة الهد من الآثار التي تترتب على تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ٢١٥
- نقد هذا الاتجاه
٦٠ - هل يجوز الحكم بالتبويض على من غير ديانته أو مذهب أو طائفته ؟ ٢٢١

صفحة

- ٢٣٠ - حقيقة وضع المسألة بالنسبة إلى الحكم بالتبويض -
 ٢٣٧ - تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة بين دعوين
 ٢٤٠ - إثبات اتحاد الطائفة والملة والديانة وإثبات تغييرها
 ٢٤٨ - خاتمة البحث الاول

البحث الثاني : وجود جهات قضائية مالية منظمة وقت م.د.د.
 القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

- ٢٥٠ - الجهات القضائية المالية المنظمة
 ٢٥٣ - الأساس الذي تستند إليه الجهات القضائية لغير المسلمين

البحث الثالث : عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام

- ٢٥٧ - اختلاف هذا الشرط عن الشرطين السابقين
 ٢٥٩ - أساس استبعاد شريعة غير المسلمين لتعارضها مع النظام العام
 ٢٦٢ - تحديد المقصود بالنظام العام في هذا الصدد
 ٢٦٩ مكرر - أمثلة لما يتعارض من شرائع غير المسلمين مع النظام العام - من
 ٢٦٧ الفرية اليهودية : الارصاد الشرعي - أمثلة أخرى

**البحث الرابع : الآثار التي تترتب على تخلف شرط من الشروط
 السابقة**

- ٢٧٨ - الآثار من حيث الاختصاص القضائي والتشريعي
 ٢٧٩ - أولاً : من حيث الاختصاص القضائي
 ٢٨٩ ٧١ مكرر - تأييد محكمة النقض لكون الاختصاص ينقذ للمحكمة لالدائرة
 من دوائرها
 ٢٩١ - ثانياً : من حيث الاختصاص التشريعي - تمديد
 ٢٩٢ ٧٢ مكرر - الخلاف حول القواعد الواجبة التطبيق من الشريعة الإسلامية
 ٢٩٣ ٧٣ - موقف الحاكم في ظل القانون ٤٦٢ بالنسبة لمسألة الاختصاص التشريعي :
 ٢٩٨ (١) تطبيق القواعد الخاصة بغير المسلمين في الشريعة الإسلامية

صفحة

٢٩٩

(٢) تطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بالمسلمين

٧٤ - موقف المحاكم بالنسبة للمادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم

٣٠٢

الشرعية

٣٠٩

٧٤ مكرر - نطاق تطبيق المادة ٩٩ فقرة أخيرة

٣١٤

٧٥ - هل للزوج غير المسلم أن يطلق زوجته بمحض إرادته ؟

٣٢٦

٧٥ مكرر - حكم المرتد

٣٢٩

٧٦ - خاتمة الباب الأول

الكتاب الثاني

الأحكام الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين

من المصريين

الباب الأول

الزواج وما يتصل به في شرائع غير المسلمين

من المصريين

(تمهيد)

٣٣٥

٧٧ - تنظيم الشرائع السبوتية للزواج وحشا عليه

٣٤٠

٧٨ - التصريف بالزواج في الشريعة المسيحية

٧٩ - بعض مسائل عامة من الزواج المسيحي :

(١) سر الزواج

(٢) إتمام الزواج عن طريق الكنيسة .

(٣) أغراض الزواج .

٣٤٢

(٤) مميزات الزواج الجوهرية « الوحدة - عدم القابلية للانحلال »

٧٩ مكرر - التصريف بالزواج وخصائصه في الشريعة اليهودية - إمكان تعدد

٣٥٠

الزواج - قابلية الزواج للانحلال

منحة

٣٥٤

٨٠ - طريقة البحث التي ستبناها

الفصل الأول

مقدمات الزواج - الخطبة

للبحث الأول : الخطبة في الشريعة المسيحية

٣٥٦

٨١ - التعريف بالخطبة وأهميتها

٣٦٠

٨٢ - التطور في شأن الخطبة والفرقة بينها وبين ما يختلط بها من أنظمة

المطلب الأول : انعقاد الخطبة

٣٧٠

٨٣ - شروط انعقاد الخطبة

٣٧٠

٨٤ - أولا : الشروط الموضوعية (الرضا - عدم المانع - السن)

٣٧٨

٨٥ - ثانيا : الشروط الشكلية

المطلب الثاني - الاعلان عن الخطبة

٣٨٣

٨٦ - الفرض من الاعلان وإجراءاته والإعفاء منه

٣٨٨

٨٧ - العكس من الموانع

٣٩١

٨٨ - الاعتراض على الزواج

المطلب الثالث : آثار الخطبة

٨٩ - الحلول التي أخذت بها الطوائف المختلفة - الحق في المدول واستلزام

٣٩٣

المتفق - التوفيق على من يعدل بدون مقتضى

٩٠ - النظر في الحلول السابقة - طبيعة الخطبة والاساس الذي يمكن أن يقوم

٣٩٩

عليه التوفيق في حالة المدول عنها

٣٩٩

٩٠ مكرر (١) الخطبة وعد غير لازم - حرية المدول

٤٠٦

٩٠ مكرر (٢) استلزام المتفق في المدول

صفحة

- ٤١٢ ٩٠ مكرر (٣) انتهاء الخطبة بالمدول والآثار التي تترتب على ذلك .
٤١٣ ٩٠ مكرر (٤) تمويض ما قد يكون هناك من أضرار بمناسبة المدول
- أساس التمويض
٤١٤ ٩١ مكرر - موقف القضاء من المدول عن الخطبة والتمويض
٤١٥ (١) الاتجاه الأول
٤١٨ (٢) الاتجاه الثاني
٤٢٤ ٩١ مكرر - تأييد الفقه للاتجاه السابق
٤٢٦ ٩٢ - الاغواء المتصل بالخطبة
٤٢٩ ٩٣ - انقضاء الخطبة
٤٣٣ ٩٤ - الاختصاص بتوثيق الخطبة والمدول عنها والآثار المترتبة على المدول

المبحث الثاني

الخطبة في الشريعة اليهودية

- ٤٣٩ ٩٤ مكرر (١) التبريد بها
٤٤٠ ٩٤ مكرر (٢) انعقاد الخطبة
٤٤٢ ٩٤ مكرر (٣) الآثار التي تترتب على الخطبة
٤٤٤ ٩٤ مكرر (٤) انقضاء الخطبة والآثار التي تترتب على هذا الانقضاء

الفصل الثاني

انعقاد الزواج

٤٤٦

٩٥ - تقسيم البحث

المبحث الأول

الشروط الموضوعية للزواج

الفرع الأول : في الشرعة المسيحية

أولا : الرضا في الزواج

صفحة	§ ١ - الرضا في الزواج
٤٤٧	٩٦ - أهمية الرضا لقيام الزواج - أوصافه ومضمونه
٤٥١	٩٧ - التعبير عن الإرادة - كميته
٤٥٤	٩٨ - ممن يصدر التصير - الوكالة في الزوج
٤٥٨	٩٩ - إلى أى مدى تلزم موافقة الأولياء والأقارب على الزواج

§ ٢ - عيوب الرضا

٤٦٦	١٠٠ - مدى تطبيق نظرية عيوب الرضا في العقود المدنية بالنسبة إلى عقد الزواج
٤٦٩	١٠١ - أولاً : النلط
٤٧٩	١٠٢ - الإكراه
٤٨٥	١٠٣ - الخطف
٤٨٩	١٠٤ - آثار الخطف

ثانياً : موانع الزواج

٤٩٠	١٠٥ - موانع الزواج بصفة عامة ، وتنسيبها لدى الطوائف المختلفة
-----	--

الطائفة الأولى : الموانع المطلقة

٤٩٦	١٠٦ - أولاً : مانع السن
٥٠٠	١٠٧ - ثانياً : العجز الجنسي والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة
٥٠٠	(أ) العجز الجنسي وحالاته
٥٠٤	١٠٨ - العجز الذي يعتبر مانعاً - المقم ليس من العيوب الجنسية
٥٠٧	١٠٩ - حكم العجز الجنسي
٥٠٩	١١٠ - الشروط اللازمة لبطان بسبب العجز الجنسي
٥١٥	١١١ - إثبات العجز الجنسي
٥١٨	(ب) الجنون والأمراض الأخرى الخطيرة
٥٢٥	١١٣ - ثالثاً : مانع الزواج السابق
٥٣٠	١١٤ - رابعاً : مانع الدرجات المقدسة « الكهنوت »

صفحة

١١٥ - خامسة : مانع النذر « نذر الترهيب » ٥٣١

١١٥ مكرر سادسة : المدة كئانح من موانع الزواج ٥٣٥

المطائفة الثانية : الموانع المطلة النسبة

١١٦ - التريف بها - تقسيمها : ٥٤٠

لولا : مانع القرابة

١١٧ - أساس المانع وأنواعه ٥٤٠

١١٨ - (١) قرابة الدم .

(أ) قرابة الدم المباشرة .

٥٤٢ (ب) قرابة الدم غير المباشرة

١١٩ - (٢) قرابة المصاهرة ٥٤٩

١٢٠ - (٣) القرابة الزوجية ٥٥٥

١٢١ - (٤) القرابة القانونية (التبني) ٥٥٩

١٢١ مكرر - الوصاية والولاية ٥٦٢

١٢٢ - (٥) الرضاع ٥٦٣

ثانيا : الموانع الأخرى

١٢٣ - (١) مانع الأدب الصوى أو الحشة ٥٦٤

١٢٤ - (٢) مانع الجريمة ٥٦٥

١٢٥ - (٣) مانع اختلاف الدين والمذهب ٥٧٣

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية في الشريعة اليهودية

لولا : الرضا بالزواج

١٢٦ - ضرورة الرضا - مضمونه - أوصافه ٥٧٨

صفحة

- ١٢٦ مكرر - التعبير عن الإرادة - كَيْفِيَّة
٥٨٠
١٢٦ مكرر (١) من يصدر التعبير - الوكالة
٥٨١
١٢٦ مكرر (٢) موافقة الأولياء على الزواج - ولاية الأجير
٥٨٣
١٢٦ مكرر (٣) عيوب الرضا
٥٨٦

ثانيا : عدم وجود مانع من موانع الزواج

- ١٢٦ مكرر (٤) تمديد
٥٨٩
١٢٦ مكرر (٥) ١ - مانع السن
٥٨٩
١٢٦ مكرر (٦) ٢ - المرض - العجز الجنسي
٥٩٠
١٢٦ مكرر (٧) ٣ - الزواج السابق
٥٩١
١٢٦ مكرر (٨) ٤ - مانع السدة
٥٩٣

الطائفة الثانية : الموانع النسبية وغيرها من الموانع الأخرى

- ١٢٦ مكرر (٩) ١ - القرابة
٥٩٤
١٢٦ مكرر (١٠) ٢ - مانع الجرمية - الزنا
٥٩٨
١٢٦ مكرر (١١) ٣ - مانع اختلاف الدين أو الملة
٦٠١
١٢٦ مكرر (١٢) ٤ - المطلقة بعد زواجها بالغير
٦٠٢
١٢٦ مكرر (١٣، ٥) - حالات أخرى من الموانع

« أ » تحريم المرأة بسبب دم الحيض .

- « ب » ممنوعات الكاهن
٦٠٢

ثالثا : المهر

- ١٢٦ مكرر (١٤) - ضرورة المهر ، وأحكامه
٦٠٤
شروط المهر وأنواعه
٦٠٦

البحث الثاني : الشكل الديني في الزواج

- ١٢٦ مكرر (١٥) - تمديد
٦٠٧

صفحة

المطلب الأول : في الشريعة المسيحية

- ١٢٧ - ضرورة الشكل الديني وصورته ٦٠٨
 ١٢٧ مكرر - الزواج أمام كنيسة أخرى أو في الخارج ٦١٢
 ١٢٨ - شرط الانعقاد الديني والتوثيق ٦١٨
 ١٢٩ - إجراءات الزوج ٦٢٤
 ١٢٩ مكرر - الزواج سرا ٦٢٦
 ١٢٩ مكرر (١) - الزواج بدون حضور رجل الدين ٦٢٨

المطلب الثاني : في الشريعة اليهودية

- ١٢٩ مكرر (٢) ضرورة الشكل الديني وصورته (التفديس - مكتابة القد - صلاة البركة) ٦٣٠
 ١٢٩ مكرر (٣) الانعقاد الديني والتوثيق ٦٣٣

المبحث الثالث : الجواز على شروط الزواج

- ١٣٠ - تقسيم الموضوع ٦٣٥

المطلب الأول : الجواز على شروط الزواج في الشريعة المسيحية

- ١٣٠ مكرر - تمديد - الحد من حالات البطلان وآثاره ٦٣٥

الفرع الأول : بطلان الزواج

- ١٣١ - البطلان والتطليق - أنواع البطلان ٦٤١
 ١٣٣ - لولا : البطلان التام ٦٤٤
 ١٣٣ - ثانيا : البطلان المطلق ٦٤٨

الفرع الثاني : آثار البطلان

- ١٣٤ - تمديد ٦٥٠
 ١٣٥ - تصحيح الزواج ٦٥٣
 (١) بالنسبة للاقباط الارثوذكس ٦٥٤

منحة

٦٠٧

(٢) بالنسبة لطوائف الكاثوليكية

٦٥٧

« أ » التصحيح البسيط

٦٦٠

« ب » التصحيح من الأصل

٦٦٢

١٢٦ - الزواج الظني

٦٦٤

أولا : شروط الزواج الظني

٦٦٧

ثانيا : آثار الزواج الظني

المطلب الثاني : الجزء على شروط الزواج في الشريعة اليهودية

٦٦١

١٣٦ مكرر - الحد من حالات البطلان ونتائجه

٦٧٤

١٣٦ مكرر (١) حالات البطلان

الفصل الثالث

آثار الزواج

البحث الأول : في الشريعة المسيحية

٦٧٨

١٣٧ - تمديد - تقسيم البحث

الفرع الأول : الآثار فيما بين الزوجين

٦٧٩

١٣٨ - تمديد

أولا : الآثار المالية

١٣٩ - تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين :

(١) استقلال الحقوق المالية للزوجين .

٦٨٠

(٢) المهر . (٣) البائنة (الدوطة)

ثانيا : الحقوق المشتركة بين الزوجين :

٦٨١

١٤٠ - تحديد نطاق هذه الحقوق - تقسيم :

٦٨٩

١٤٠ مكرر - حسن المعاشرة - المعاونة والمساعدة

- ٦٩٣ ١٤٠ مكرر - الميثة المشتركة المأكنة وما يتصل بها — أساس هذا
الانترام والنس عليه
٦٩٤ — اختيار المسكن وشروطه
٦٩٨ ' — جزء الاخلال بالمأكنة
٧٠٣ — ما يقتضيه الانترام بالمأكنة - المخاطلة الجسدية

ثالثا : حقوق الزوجة على زوجها - النفقة الزوجية

- ٧٠٥ (١٤١) - وجوبها أصلا على الزوج - تقسيم البحث في موضوع النفقة
٧٠٧ - أصل وجوبها
٧١٠ - كيف تؤدى
٧١٠ - أساس تقدير النفقة
٧١٣ - امتناع الزوج عن أداء النفقة
٧١٨ - تقادم دين النفقة وانقضاءها
٧٢١ - نفقة زوجة الغائب
٧٢١ وابعاً : حقوق الزوج على زوجته - الطاعة
١٤٣ - واجب الطاعة على الزوجة لزوجها

الفرع الثانى

الأسماء بالنسبة للأولاد

- ٧٣٧ ١٤٣ - تمديد

أولا : الحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأبناء

- ٧٣٨ ١٤٣ مكرر — تمديد لها - إحالة

ثانيا : ثبوت النسب

- ٧٤١ ١٤٤ - تمديد
٧٤٣ (١) - ثبوت النسب حال قيام الزوجية
٧٤٩ (٢) - نسب الأولاد غير الشرعيين

صفحة

٧٤٩

(أ) تصحيح النسب

٧٥٣

(ب) الاقرار بالنسب والادعاء به

٧٥٦

(ج) إثبات نسب الاولاد غير الشرعيين عن طريق التقاضي

٧٥٧

— دعوى ثبوت الامومة

٧٥٨

١٤٧ (٢) التبني

٧٥٩

١٤٧ مكرر - شروط التبني

٧٦١

١٤٧ مكرر (١) - آثار التبني

المبحث الثاني

آثار الزواج في الشريعة اليهودية

٧٦٣

١٤٧ مكرر (٢) - تمديد

الفرع الاول

الآثار فيما بين الزوجين

أولاً : الآثار المالية

٧٦٣

١٤٧ مكرر (٣) - تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين

٧٦٣

(١) مدى استقلال الزوجين بمقتضاها المالية

٧٦٥

(٢) المهر

٧٦٦

(٣) البائنة

ثانياً : الحقوق المشتركة بين الزوجين

٧٦٦

١٤٧ مكرر (٤) تحديدها

٧٦٦

١٤٧ مكرر (٥) حسن المعاشرة ، المأونة والمساعدة

٧٦٩

١٤٧ مكرر (٦) المعيشة المشتركة ، الالتزام بالمساكنة وما يتعلق به

ثالثاً : حقوق الزوجة على زوجها ، النفقة الزوجية

١٤٧ مكرر (٧) وجوب النفقة على الزوج ، أحكامها ، (كيف تؤدى ،

صفحة

- ٧٧٤ تقديرهما ، امتناع الزوج عن أدائها ، تقادم دين النفقة وانتضاؤه ، نفقة زوجة المجنون والغائب)
- ٧٨٠ **وأبعا** : حقوق الزوج على زوجته - الطاعة
- ١٤٧ مكرر (٨) وجوب الطاعة على الزوجة لزوجها
- الفرع الثاني**
- الآثار بالنسبة للأولاد

- ٧٨١ ١٤٧ مكرر (٩) تمديد
- ٧٨٣ ١٤٧ مكرر (١٠) ثبوت النسب - حال قيام الزوجية
- ٧٨٥ ١٤٧ مكرر (١١) إثبات النسب من زواج لم يستكمل أركانه
- ٧٨٦ ١٤٧ مكرر (١٢) نسب الولد من زواج ثان
- ٧٨٦ ١٤٧ مكرر (١٣) الاقرار بالنسب
- ٧٨٧ ١٤٧ مكرر (١٤) إثبات نسب القبط
- ٧٨٧ ١٤٧ مكرر (١٥) الآثار التي تترتب على ثبوت النسب

الفصل الرابع

انحلال الزواج

- ٧٨٩ ١٤٧- تمديد
- ٧٩٠ **المبحث الأول** : انحلال الزواج بالموت
- ١٤٩ - الموت الحقيقي والموت المحكي
- المبحث الثاني** : انحلال الزواج في حياة الزوجين
- في المصلحة المسيجة
- ٧٩٦ ١٥٠ - اختلاف موقف الكنائس في شأنه - تقسيم المبحث
- المطلب الأول** - انحلال الزواج بالتطليق
- ٨٠٧ ١٥١ - الطلاق والتطليق - تقسيم المبحث

صفحة

الفرع الاول

الحالات التي تنحل فيها الرابطة الزوجية

(أسباب التطلق - تمديد)

- ٨١٢ - ١٥٢ - الخلاف حول هذه الأسباب ، ورودها على سبيل المحصر
٨١٣ - ١٥٣ - استبعاد التطلق في غير الحالات المحددة - استبداده للاعصار وكبر السن والنقم
٨١٣ - ١٥٤ - مدى أهمية حصر الأسباب من الناحية العملية
٨١٧ - ١٥٥ - اختلاف نظرة التشريعات إلى الأسباب باعتبارها جزاء أو علاجاً
٨١٩ - ١٥٦ - تقسيم أسباب التطلق إلى أسباب مثمرة وأسباب غير مثمرة
٨٢٠

أولاً : الأسباب المشتركة بين الارثوذكس والانجيليين

- ٨٢١ - ١٥٧ - السبب الاول : الزنا وما في حكمه
٨٢٤ - ما يعتبر في حكم الزنا
٨٣٠ - اختلاف مدلول الزنا عنه في القانون الجنائي
٨٣١ - أثر التنازل عن الدعوى الجنائية على طلب التطلق
٨٣٣ - إثبات الزنا
٨٣٦ - سقوط دعوى الزنا
٨٣٦ - السبب الثاني : الخروج عن الدين المسيحي

ثانياً . الأسباب الخاصة بالارثوذكس

- ٨٤٠ - ١٥٩ - السبب الأول : النية
١٦٠ - السبب الثاني . الحكم بقوة مقيدة للحرية (ارتباط هذا
السبب بالنية - التص عليه في المجموعات الحديثة وشروطه -
أثر الغفو وسقوط العقوبة)
٨٤٨
٨٥٩ - السبب الثالث . المرض

صفحة

- ١٦١ - تمهيد - الحالات التي تمثل تحت هذا السبب ٨٥٩
- ١٦٢ - أولا : العجز الجنسي ٨٦٣
- ١٦٣ - ثانيا . الجنون ٨٧١
- ١٦٤ - ثالثا - الأمراض الأخرى الخطيرة ٨٧٦
- ١٦٥ - السبب الرابع . الاعتداء على الزوج الآخر ٨٨٨
- السبب الخامس - تصدع الحياة الزوجية
- ١٦٦ - تمهيد - تقارب القواعد الخاصة بهذا السبب لدى الطوائف الأرثوذكسية ٩٠٢
- ١٦٧ - الاعتداد بهذا السبب لدى الأقباط الأرثوذكس ٩٠٤
- ١٦٨ - شروط التطبيق بسبب تصدع الحياة الزوجية ٩٠٧
- ٩٠٨ لولا : استحكام التنفوس
- تصدع الرابطة الزوجية لدى الروم ٩١٤
- التنافر بين الطباع لدى الأرمن ٩١٥
- ٩١٧ ثانيا . الفرقة
- ٩٢٢ ثالثا . أن يطلب التخليق ممن لا ينسب إليه الخطأ
- ٩٢٦ - السبب السادس . الرهبانية
- ثالثا : أسباب أخرى لدى جنس الطوائف الأرثوذكسية
- ١٧٠ - الروم الأرثوذكس ٩٣١
- (١) حالة زوال البكارة ٩٣١
- (٢) حالة طرح الحمل ٩٣١
- (٣) حالة الهجر المتصد ٩٣١
- ١٧١ - الأرمن الأرثوذكس ٩٣٣
- (١) العمل على البقاء في حالة عقم ٩٣٤
- (٢) الاضرار بالمصالح المالية للزوج الآخر ٩٣٤
- (٣) حالات تمهيد لإخلالا بالالتزامات الزوجية ٩٣٤

صفحة

وإبعا . انحلال الرابطة الزوجية لدى الكاثوليك

- ١٧٢ - تمهيد ٩٣٥
 ١٧٣ - (أ) الحالة الأولى . دخول أحد الزوجين حياة الرهبانية ٩٣٦
 ١٧٤ - (ب) الحالة الثانية . التصحيح لحجب عادل ٩٣٧
 ١٧٥ - الامتياز البولوى ٩٣٨

خاصة . أسباب عدم قبول دعوى التطلق

- ١٧٦ - تمهيد ٩٣٩
 ١٧٧ - الصلح والتوفيق ٩٤٠
 ١٧٨ - موت أحد الزوجين ٩٤٢
 ١٧٩ - الموافقة على عقد زواج ثان لدى الروم ٩٤٣
 ١٨٠ - مضي المدة ٩٤٤

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على انقضاء الرابطة الزوجية

- ١٨١ - تمهيد ٩٤٥

قولا : بالنسبة للرابطة الزوجية

- ١٨٢ - انحلال الرابطة الزوجية بالنسبة إلى المستقبل وآثار هذا الانحلال ٩٤٥

ثانيا : بالنسبة لعلاقات المالية بين الزوجين

- ١٨٣ - تمهيد ٩٤٨
 ١٨٤ (١) النفقة والتمويض ٩٤٨
 ١٨٥ (٢) المهر والبائنة والجهاز ٩٥٨

ثالثا : بالنسبة للأولاد

- ١٨٦ - تمهيد ٩٦٣
 § ١ - الرضاع ٩٦٣
 ١٨٧ - الاحكام المتعلقة بالرضاع ٩٦٤

صفحة

§ ٢ - الحضانة

- ٩٦٧ - ١٨٨ - التعريف بها وما يدخل في دراستها من مسائل
٩٦٨ - ١٨٩ - لمن تثبت الحضانة
٩٧٣ - ١٩٠ - شروط الحضانة
٩٧٧ - ١٩١ - أجر الحضانة
٩٧٨ - ١٩٢ - مكان الحضانة
٩٨٠ - ١٥٣ - انتهاء الحضانة

§ - الولاية على النفس - ضم الصغير

- ٩٨٢ - ١٩٤ - التعريف بها
٩٨٣ - ١٩٥ - من تثبت لهم الولاية
٩٨٦ - ١٩٦ - شروط الولاية على النفس
٩٨٨ - ١٩٧ - سلب الولاية

٩٩٠ « أ » الحالات التي يجب فيها سلب الولاية

« ب » الحالات التي يجوز فيها سلب الولاية أو وقف كل
حقوقها أو بعضها

- ٩٩٠
٩٩٣ - استرداد الولاية

٩٩٣ - ١٩٨ - انتهاء الولاية

المطلب الثاني : الاتصال الجسدي

٩٩٤ - ١٩٩ - التعريف به لدى المذاهب المختلفة - تقسيم البحث

الفروع الأول : أسباب الاتصال

- ٩٩٩ - ٢٠٠ - الاتصال بسبب الزنا وغيره من الأسباب الأخرى
٩٩٩ - ٢٠١ - الاتصال بسبب الزنا

١٠٠٠ ثانيا : الانفصال للأسباب الأخرى

الفرع الثاني : آثار الانفصال الجسدي

- ١٠٠٥ ٢٠١ - تحديد هذه الآثار
١٠٠٥ أولا : فيما بين الزوجين
١٠٠٦ ثانيا : الآثار المالية
١٠٠٧ ثالثا : بالنسبة للأولاد

الفرع الثالث

انقضاء حالة الانفصال الجسدي

- ١٠٠٩ ٢٠٢ - الأسباب التي تنقضي بها حالة الانفصال - التفرقة بين الانفصال
بسبب الزنا والاسباب الأخرى
١٠٠٩ - الانفصال بسبب الزنا
١٠١١ - الأسباب الأخرى غير الزنا

المبحث الثالث

انحلال الزواج حال حياة الزوجين في الشريعة اليهودية

- ١٠١٢ ٢٠٢ مكرر - تمديد - تقسيم

المطلب الأول . أحكام الطلاق

- ١٠١٢ ٢٠٢ مكرر (١) - الطلاق والتطليق - تقسيم الدراسة

الفرع الأول . الطلاق بإرادة الزوج

- ١٠١٩ ٢٠٢ مكرر (٢) - تمديد

أولا . شروط الطلاق

- ١٠٢٠ ٢٠٢ مكرر (٣) - ١ - بالنسبة للزوج
١٠٢١ ٢٠٢ مكرر (٣) - ٢ - بالنسبة للمرأة
١٠٢٣ ٢٠٢ مكرر (٤) - ٣ - الشروط الأخرى

صفحة

- ٢٠٢ مكرر (٥) - ١ - الوثيقة والشهود ١٠٢٣
- تسليم الوثيقة ١٠٢٧
- ٢٠٢ مكرر (٦) - ب - إتمام الطلاق على يد السلطة الشرعية ١٠٢٨
- ٢٠٢ مكرر (٧) - ٥ - إنشاء الطلاق في أوقات معينة ١٠٣٣
- ٢٠٢ مكرر (٨) - د - استنزاف المسوغ ١٠٣٣
- منع الطلاق حتى يمضغ (١ - ادعاء التوبة
- كذباً - ٢ - المنصوبة) ١٠٣٦
- العلم بالمسوغ وأثره في طلب الطلاق ١٠٣٧
- عدم استنزاف المسوغ في حالة الاتفاق ١٠٣٧
- توافر المسوغ وأثر ذلك بالنسبة لحقوق المرأة ١٠٤٠

ثانياً : تطبيقات على الطلاق بإرادة الزوج

- ٢٠٢ مكرر (٩) الهدف من دراسة هذه التطبيقات ١٠٤٠
- (١) عدم البكارة ١٠٤١
- (٢) حيب المرأة ١٠٤٢
- (٣) تكرار الاجهاض ١٠٤٣
- (٤) منع الزوجة نفسها من الحمل ١٠٤٣
- (٥) كراهة الزوجة لزوجها ١٠٤٤
- (٦) مخالفة الشرع أو الأدب ١٠٤٥
- (٧) عدم المرأة ١٠٤٦
- خاتمة ١٠٤٦

ثالثاً : الوكالة في الطلاق

- ٢٠٢ مكرر (١٠) الطلاق في مواجهة الزوجة - الرسول والوكيل ١٠٤٧
- شروط الرسول أو الوكيل ١٠٥٠

صفحة

الطرح الثاني

الطلاق لحق الزوجة ولحق الشرع

٢٠٢ مكرر (١١) تمديد ١٠٥٢

أولا : الطلاق لحق الزوجة

- ٢٠٢ مكرر (١٢) استنزاع المصوغ - تطبيقاته ١٠٥٣
(١) المرض المانع ١٠٥٤
(٢) العنة والقسم ١٠٥٥
(٣) عيوب الرجل ١٠٥٦
(٤) تقصير الزوج فيما عليه من الواجبات الشرعية ١٠٥٧
(٥) هوز الرجل ١٠٦٠
(٦) إطفاء الزوجة غير الحلال ١٠٦٠
(٧) تكدر المعيشة لسوء أخلاق الزوج ١٠٦٠
(٨) الزواج على الزوجة ١٠٦١

ثانيا : الطلاق لحق الشرع

- ٢٠٢ مكرر (١٣) يان الحالات التي يتم فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع ١٠٦٢
- الحالة الاولى ١٠٦٣
- الحالة الثانية ١٠٦٤
(١) الزنا ١٠٦٤
(٢) الرية ١٠٦٦
(٣) تكرار ظهور دم العيش ١٠٦٩
(٤) النيب أو العامة ١٠٧٠

صفحة

المطلب الثاني : الآثار التي تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية
في الشريعة اليهودية

٢٠٢ مكرر (١٤) تمديد ١٠٧٠

أولا : بالنسبة للرابطة الزوجية

٢٠٢ مكرر (١٥) زوال حقوق كل الزوجين والتزاماته - إمكان

١٠٧١ عقد زواج جديد

ثانيا : بالنسبة لعلاقات المالية

٢٠٢ مكرر (١٦) تمديد ١٠٧٣

٢٠٢ مكرر (١٧) النفقة ١٠٧٤

٢٠٢ مكرر (١٨) المهر ، والبائنة ، والجهاز ١٠٧٦

١ - المهر ١٠٧٦

٢٠٢ مكرر (١٩) ٢ - البائنة والأموال التي يمتنع بها الزوج ١٠٧٦

٢٠٢ مكرر (٢٠) ٣ - الجهاز ١٠٨٣

ثالثا : بالنسبة للأولاد

٢٠٢ مكرر (٢١) تمديد ١٠٨٦

§ ١ - الرضاع

٢٠٢ مكرر (٢٢) الرضاع حق للام وواجب عليها - أجر الرضاع ١٠٨٦

§ ٢ - الحضنة

٢٠٢ مكرر (٢٣) تنصيص أحكامها لدى الرابانيين بخلاف الفرائين ١٠٨٨

« لمن تثبت - شروطها - أجرها - مكانها - انتهاءها »

§ ٣ - الولاية على النفس - ضم الصغير

٢٠٢ مكرر (٢٤) التعريف بها وأحكامها ١٠٩٣

« لمن تثبت - شروط من تثبت له - سلب الولاية

والحد منها - انتهاء الولاية »

صنعة

الباب الثاني

رابطة القرابة

١٠٩٧

٢٠٣ - تقسيم

الفصل الاول

الأنواع المختلفة للقرابة

١٠٩٨

٢٠٤ - قرابة النسب

١١٠١

٢٠٥ - قرابة المعاصرة

١١٠١

٢٠٦ - الأنواع الأخرى من القرابة التي نظمها الشرائع الدينية
(القرابة الزوجية . القرابة الناشئة عن التبني ، القرابة
الناشئة عن الرضاع) .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على القرابة

(نفقة الأقارب)

١١٠٦

٢٠٧ - حصر هذه الآثار في نطاق الأحوال الشخصية - نفقة الأقارب
أصل وجوبها

١١٠٧

- أصل وجوب الالتزام بالنفقة - وجوبها لدى المسيحيين واليهود

للمبحث الأول : في النفقة المسيحية

١١٠٩

٢٠٨ - تمديد

١١٠٩

٢٠٨ مكرر - أولاً : شروطها

١١١٢

٢٠٩ - ثانياً : على من تجب النفقة - تقسيم

١١١٢

٢١٠ - ١ - الالتزام بالنفقة بين الأصول والفروع

صدعة	
١١١٤	١ - وجوب النفقة على الأصول
١١١٨	ب - وجوب النفقة على الفروع
١١٢٠	٢١١ - ٢ - الالتزام بالنفقة بين الأقارب الآخرين
١١٢٢	٢١٢ - ثالثاً . الأحكام المتعلقة بنفقة الأقارب من حيث أدائها وتقديرها وانقضائها وسقوطها - كيف تؤدي النفقة
	المبحث الثاني - في الشريعة اليهودية
	٢١٣ - الإحالة إلى القواعد العامة فيما سبق ، وفي أحكام الشريعة الإسلامية مع مراعاة ما نص عليه من صور خاصة
١١٢٦	٢١٤ - صور خاصة بالنفقة
١١٢٧	- نفقة الأولاد
١١٢٧	- نفقة الأمثلة
١١٢٩	

طبع بمطبعة دار نشر الثقافة
بمصر بك ت ٣٢١٩٨ اسكندرية

Biblioteca Alexandrina



0360573